Die rechtliche Natur des Wiederkaufsrechtes

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Rostock

vorgelegt von

Franz Siebert

Volontär bei der Kgl. Universitäts-Bibliothek zu Berlin

ACAD. LUND. NAT. BERL.

Rostock.

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1903

Meinen lieben Eltern

gewidmet.

Disposition.

§ 1. Einleitung: Begrenzung der Aufgabe.

A. Gemeines Recht.

§ 2. Geschichtliche Entwickelung und Quellen.

§ 3. Unrichtige Ansichten über die rechtliche Natur.

1. Die Vorvertragstheorie.
2. die Theorie von der fiducia.
3. Die Theorie vom resolutiv bedingten Kauf.
4. Die Theorie vom pactum displicentiae.
5. Die Bechmann'sche Theorie vom aufhebenden Nebenvertrag.
6. Die Theorie vom Einlösungsrecht.
7. Der Wiederkauf kein einheitliches Institut.

§ 4. Richtige Ansicht: Der Wiederkauf ein suspensiv bedingter zweiter Kauf.

§ 5. Zur Terminologie des Wiederkaufsrechts.

§ 6. Wirkungen des Widerkaufsrechts.

B. Partikularrechte.

§ 7. Das Wiederkaufsrecht in den Partikularrechten mit Ausnahme des Code civil und des A.L.R.

§ 8. Das Wiederkaufsrecht des A.L.R.

§ 9. Das Wiederkaufsrecht des Code civil.

C. B. G. B.

I.

§ 10. Die Einheitstheorien.
1. Die Bernhöft'sche Theorie.
2. Die Theorie vom resolutiv bedingten Kauf.
3. Die Theorie vom Rücktrittsrecht.
4. Die Theorie vom fingierten Kauf.
5. Die Theorie vom Einlösungsrecht.

II. Die Vertragstheorien.

§ 11. Die Vorvertragstheorie und die Offertentheorie.
1. Die Vorvertragstheorie.
2. Die Offertentheorie.
§ 12. Die Theorie vom suspensiv bedingten Kauf.
§ 13. Die Herausgabepflicht des Wiederverkäufers.
§ 14. Die Gefahrtragung.
§ 15. Die Bedeutung von „zustande kommen" in § 497 Abs. 1 S. 1.

III.

§ 16. Die Vermittelungstheorie.

Einleitung.

§ 1.

Begrenzung der Aufgabe.

Das Wiederkaufsrecht ist, wie der Name besagt, das Recht, einen Gegenstand wiederzukaufen. Es ist ein Recht des Verkäufers. Dadurch unterscheidet es sich von dem Wiederverkaufsrecht (pactum de retroemendo), das ihn verpflichtet, auf Verlangen des Käufers den Gegenstand wiederzukaufen.[1] Es handelt sich um einen Wiederkauf d. h. eine Sache, die bereits einmal verkauft ist, bildet das Objekt des Rechtes. Wesentlich ist aber auch die Identität der Personen, denn wenn es hieran mangelt, kann man nicht sagen, daß eine Sache wieder- d. h zurückgekauft wird. Deshalb scheiden alle Fälle aus, wo der Verkäufer einem anderen das Recht vorbehält, den Gegenstand für sich zu erwerben. Besonder häufig kommt das beim Pfandverkauf vor, indem der Pfandgläuber den Käufer verpflichtet, dem Verpfänder oder dem Pfandgläubiger die Sache auf Verlangen käuflich zu überlassen. Manche erblicken auch

1) Vergl. darüber Schütze § 13 S. 65 ff.; Crome Bürgerl. Recht S. 492 f.

hierin das Geding des Wiederkaufs.[1] Beispiele für ein derartiges Geschäft bieten l. 13 pr. D. de pigneraticia actione 13,7 und l. 7 D. de distractione pignorum 20,5. Endlich gehört zum Begriffe des Wiederkaufs, daß der zweite Kauf mit dem ersten in rechtlicher Beziehung steht. Diese stellt eben das Wiederkaufsrecht her. Von einem solchen kann man daher nur sprechen, wenn nach der Intention der Parteien der Vorbehalt des Wiederkaufs eine Nebenbestimmung zum ersten Kaufvertrage bildet. Andernfalls besteht zwischen den beiden Veräußerungsgeschäften nur eine tatsächliche Beziehung (vergl. unten S. 22). Da wir es mit einem Wiederkauf zu tun haben, muß ein zweiter Kauf zustande kommen. Um aber der Entscheidung nicht vorzugreifen, nehmen wir „kaufen" einstweilen im Sinne von „entgeltlich erwerben".

Der regelmäßige Entstehungsgrund des Wiederkaufsrechtes ist ein Vertrag. Daß es auch gesetzliche Wiederkaufsrechte gibt, wird für Preußen, soweit das geltende Recht in Betracht kommt, meist geleugnet.[2] In anderen Staaten sind sie mehr oder minder zahlreich erst durch die Ausführungsgesetze zum BGB. anerkannt.[3] Die Abhandlung berücksichtigt nur das vertragsmäßige Wiederkaufsrecht. Soweit aber nicht aus der besonderen Beschaffenheit des Einzelfalles oder aus positiven Vorschriften sich Abweichungen ergeben, werden die gewonnenen Ergebnisse auch auf das gesetzliche zutreffen.

Uns interessiert ausschließlich die Frage nach der rechtlichen Natur des Wiederkaufsrechts. Die recht-

1) Bechmann S. 535; Goldschmidt S. 273 n. 4.

2) Hahn S. 41 ff.

3) Fischer-Henle S. 244 n. vor § 497; Becher in den hier genannten Stellen (XVI 6,92, XXI 9).

liche Natur eines Rechts ermitteln aber heißt, aus seinen unzweifelhaft feststehenden Voraussetzungen und Folgen mit Hilfe bekannter Rechtsbegriffe den als unbekannt vorausgesetzten Begriff entwickeln bezw. nachweisen, daß er mit einem anderen identisch ist. Die Wirkungen des Rechts zu erörtern, fällt mithin nicht in den Bereich unserer Aufgabe. Immerhin wird es nützlich sein, sich wenigstens kurz damit zu befassen, um das gewonnene Bild zu vervollständigen.

Hinweise auf die wirtschaftliche Bedeutung des Wiederkaufsrechts werden sich nicht entbehren lassen. Es aber nach dieser Seite hin eingehend zu würdigen, liegt uns nicht ob. Die Vorschriften, welche einem Mißbrauch zu wucherischen Zwecken vorbeugen sollen, sind polizeilicher Natur und ändern nichts an der rechtlichen Natur des Instituts. Das Gleiche gilt von den Normen der §§ 34 Abs. 2, 28 Abs. 2 der Gewerbeordnung.

Da das BGB. den Streit über die rechtliche Natur des Wiederkaufsrechts nicht entscheidet, ist auch jetzt noch eine genaue Erörterung der Frage nach früherem Rechte geboten

A. Gemeines Recht.

§ 2.

Geschichtliche Entwicklung und Quellen.

Die ursprüngliche Form des Realkredits im römischen Recht war die mancipatio cum fiducia. Hierbei übertrug der Schuldner dem Gläubiger per mancipationem das Eigentum an der Pfandsache mit der Abrede, daß

nach Bezahlung der Schuld letzterer sie an jenen remancipierem sollte. Diese Nebenbestimmung hieß fiducia. Die Sache diente nur zur Sicherung des Gläubigers. Die Verpflichtung des Schuldners zur Bezahlung der Schuld war daher unabhängig von dem Untergang des Pfandobjekts. War die Schuld getilgt, so war der creditor ipso iure gehalten, es dem debitor wieder zu übereignen.

Als die einfachen wirtschaftlichen Verhältnisse Roms durch das Aufkommen eines Handelsverkehrs schwanden, genügte die mancipatio cum fiducia nicht mehr. Denn sie war nur bei res mancipi zulässig, und diese verloren gegenüber den res necmancipi mehr und mehr an Bedeutung. Das einfache pignus gewährte aber dem Geldgeber nicht die gleiche Sicherheit wie die mancipatio cum fiducia, weil er nur den Besitz, nicht aber das Eigentum erhielt. Es kam nun also darauf an, eine Form zu finden, bei der einerseits der Gläubiger Eigentümer wurde, andererseits dem Schuldner die Möglichkeit blieb, die Sache wieder zu erwerben. Dieses Problem wurde gelöst, indem man sich des Verkaufs auf Wiederkauf bediente.[1] Man schloß einen gewöhnlichen contractus emtionis venditionis, dem eine lex venditionis des Inhalts zugefügt wurde, daß der Verkäufer gegen Zahlung des ursprünglichen Kaufpreises oder einer anderweit zu berechnenden Summe den Gegenstand zurückkaufen könne. Dieses Geschäft bot sogar gegenüber der mancipatio mancherlei Vorteile. Der Gläubiger brauchte, da er ein wirklicher Käufer war, nicht zu befürchten, daß er infam wurde, wenn er der lex venditionis nicht nachkam. Ver-

1) Strippelmann S. 256 f.

möge der den Kauf beherrschenden bona fides konnten Abmachungen getroffen werden, die eine übermäßige Benachteiligung des Schuldners verhinderten. Das war besonders wichtig, wenn eine nutzbare Sache verkauft wurde und die Nutzungen über das gewöhnliche Maß von Zinsen hinausgingen. Hier konnte eine billige Verrechnung des Überschusses bedungen werden.

Ursprünglich dürfte der Verkauf mit Vorbehalt des Wiederkaufs nur zur Befriedigung des Kreditbedürfnisses gedient haben. Allmählich wurde er aber auch benutzt, um andere Zwecke zu erreichen.

Auffällig möchte erscheinen, daß die geschilderte Entwickelung in den Quellen nicht hervorgehoben wird. Das ist so zu erklären, daß die Römer bei ihrem fein ausgebildeten Rechtsgefühl von der wirtschaftlichen Grundlage des Instituts ganz absahen und darin einen gewöhnlichen Kauf erblickten, der nichts Außergewöhnliches bot.

Deshalb darf es uns auch nicht Wunder nehmen, daß die Stellen, welche sich darauf beziehen, ganz kurz und ohne besondere Begründung gehalten sind. Nach der herrschenden Meinung sind dies nur l. 12 D. de praescr. verbis 19, 5 und l. 2 C. de pact. int. emt. et vend. comp. 4, 54. Jene lautet: „Si vir uxori suae fundos vendidit, et in venditione comprehensum est, convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desiisset, ut eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transscriberet viro, in factum existimo iudicium esse reddendum, idque et in aliis personis observandum est.“ Es handelt sich also um einen Immobiliarkaufvertrag zwischen Ehegatten, der, wie aus dem Zusammenhange zu entnehmen ist, beiderseits erfüllt worden ist.

Für den Fall der Ehescheidung hat sich die Frau, die Käuferin, verpflichtet, dem Manne, wenn er es verlangen sollte, das Grundstück zu dem ursprünglichen Preise zu „transskribieren." Dieses transscribere bereitet der Auslegung Schwierigkeiten. Schütze[1] will es mit „verkaufen" übersetzen. In diesem Sinne, meint er, komme es auch in l. 41 § 9 D. de legatis et fideicommissis 32, vor.[2] „Agri plagam", heißt es hier, ... „Maeviis Publio et Caio transscribi volo, pretio facto viri boni arbitratu et hereditati illato . . . Quaesitum est, an legatum valeat, quum Publius emere velit, Caius nolit?" In der Übersetzung müßte der erste Satz also nach Schütze lauten: „Ich will, daß der Landstrich dem Publius und Caius Mävius verkauft wird, nachdem der Preis nach dem Ermessen eines redlichen Mannes festgesetzt und zur Erbschaft entrichtet worden ist." Hierbei ergibt sich eine eigenartige Aufeinanderfolge von Handlungen. Erst nämlich soll der Preis bestimmt werden, dann soll er bezahlt werden, und jetzt erst soll verkauft werden! Der Abschluß des Vertrages, aus dem das pretium geschuldet wird, soll also zuletzt erfolgen, und nachdem dieses schon entrichtet ist! Daraus ergibt sich zur Genüge, daß transscribere hier wenigstens nicht „verkaufen" heißen kann; und da es auch in der ganzen sonstigen Litteratur nie in dem Sinne vorkommt,[3] darf man das Gleiche von l. 12 D. c. l. behaupten. Nach dem Vorgange von Anton Faber[4] meinen daher Wangemann[5] und v. Wangen-

1) S. 20, 22.
2) S. 20.
3) Georges S. 2856 terminus „transscribere."
4) Nach v. Wangenheim S. 7 u. Wangemann S. 37.
5) S. 37.

heim,[1] daß es gleichbedeutend mit „reddere" ist. Dieser Ansicht darf man beipflichten, sofern man sich nur bewußt bleibt, daß damit lediglich der schließliche Erfolg ausgedrückt wird. Transscribere bedeutet „hinüberschreiben, schriftlich übertragen".[2] Wenn die Bedingung eintritt, soll die Frau in ihrem codex accepti et expensi das Grundstück auf den Namen des Mannes umschreiben und dafür dessen Konto mit dem Kaufpreise belasten. Am nächsten liegt die Annahme, daß es sich um ein einfaches „nomen arcarium"[3] handelt. Dann hat die Eintragung bloß beurkundende Bedeutung. Man kann aber auch vermuten, daß ein „nomen transscripticium" in Frage steht. In diesem Falle würde die bisher auf dem contractus emtionis venditionis beruhende Verpflichtung der Frau zur Übertragung des Grundstücks in eine auf der transscriptio beruhende unbedingte und abstrakte umgewandelt, und ein Gleiches gälte vor allem von des Manne obligatio ad pretium solvendum. — Im wesentlichen kommt es hier nur darauf an, daß diese Interpretation überhaupt möglich ist. Um näher darauf einzugehen, muß man den Streit über die Einrichtung des codex accepti et expensi berühren. Nach Sohm (S. 387 f.) und Keller (Beitrag S. 96, Grundriß S. 103) ist er ein Kassabuch und zerfällt in eine pagina accepti und eine pagina expensi. Innerhalb dieser sollen die einzelnen Eintragungen chronologisch aufeinander folgen. Die transscriptio, meinen sie, geschieht in der Weise, daß die frühere auf einer bestimmten causa beruhende Schuld

1) S. 7.
2) Heumann terminus „transscribere"; Krohn S. 20.
3) Sohm S. 376 ff.

durch Buchung einer fiktiven Zahlung auf der pagina accepti gelöscht, dafür aber durch Hinüberschreiben, transscribere, eines fiktiven Darlehens auf die pagina expensi eine neue Verbindlichkeit in entsprechender Höhe begründet wird. In unserem speziellen Falle wäre also fundos transscriberet mulier viro so zu deuten, daß die aus dem Geschäft über die Grundstücke herrührende Schuld des Mannes von der Frau durch Umschreibung in ihrem codex in eine abstrakte Darlehnsschuld umgewandelt werden soll. Und zwar wird dies geschehen, sobald die Ehe geschieden und von Seiten des Eheherrn erklärt ist, daß er die Grundstücke zu demselben Preise — darauf bezieht sich si ipsevellet — zurückerwerben will. Das ganze Schuldverhältnis muß also schon vorher als ein bedingtes bestanden haben. Um das zu verstehen, erwäge man Folgendes. In Rom wird es ebensowenig wie heutzutage eine Seltenheit gewesen sein, daß der Mann um des Geldes Willen eine Frau heiratete, zumal wenn er Großgrundbesitzer war und damit ihr durch Verehelichung eine sehr geachtete gesellschaftliche Stellung verschaffte. Natürlich aber gab sie ihm ihr Vermögen nicht ohne Sicherung hin, sondern ließ sich dafür die Grundstücke verkaufen. Damit erreichte er zugleich, daß seine Gläubiger hierauf nicht Beschlag legen konnten, soweit sie nicht etwa dinglich berechtigt waren. Andererseits wollte er gern das, wovon Macht und Ansehen in dem römischen Agrarstaate in erster Linie abhingen, den Landbesitz, auf jeden Fall seiner Familie erhalten, auch wenn die Ehe geschieden wurde. Eben deshalb wurde das fragliche Abkommen getroffen. Die Frau muß auf jeden Fall die fundos zu-

rückübertragen, aber nicht ohne entsprechende Gegenleistung: sie erwirbt gleichfalls auf jeden Fall eine abstrakte Forderung gegen ihren Mann. Dieses Abkommen ist um so eher begründet, als die Ehescheidungen sehr leicht waren und dem Ehegemahl nicht gut zugemutet werden konnte, jederzeit die zum Rückerwerb der Grundstücke erforderlichen Summen bereit zu halten.

Der Ausdruck fundos transscriberet viro entspricht übrigens genau der Terminologie: transcripticio a re in personam oder, in anderer Form ausgedrückt, transscribere rem in personam = personae. Und daß man hier nicht obligationem, wie es logisch und juristisch allein richtig wäre, sondern rem sagt, dafür gibt Keller in seinem Aufsatz über den römischen Literalkontrakt S. 102 eine sehr plausible und einleuchtende Erklärung, auf die hinzuweisen an dieser Stelle genügen mag.

Nach Sohms und Kellers Ansicht sind die codices accepti et expensi im wesentlichen bloße Kopien der adversaria, der Kladden (über diese siehe Sohm S. 389, Keller Litteralkontrakt S. 115, Grundriß S. 107 f.). Viel mehr hat deshalb die von Karlowa vertretene Ansicht für sich. Danach ist der codex accepti et expensi nicht ein einfaches Kassabuch, sondern nach dem System einer Art doppelter Buchführung geordnet. Er soll nämlich in zwei Abteilungen zerfallen, eine persönliche und eine sachliche (S. 748). In dieser waren die einzelnen Seiten mit Überschriften der einzelnen Hauptvermögensgegenstände oder sogar von Rechtsgeschäften versehen (S. 749). In jener standen die Eintragungen unter den Namen der Personen, mit welchen der Buchführer in geschäftlicher Verbindung stand. Wurde ein Wechsel

der Schuldner durch Umschreiben einer Verbindlichkeit auf den Namen eines anderu vorgenommen, so handelte es sich um eine transscriptio a persona in personam (S. 751) Transscriptio a re in personam lag dann vor, wenn eine (kausale) Schuld in der sächlichen Abteilung gelöscht und als neue abstrakte Schuld unter dem Namen des bisherigen Schuldners in die persönliche Abteilung eingetragen wurde (S. 751). Und mit einer solchen haben wir es bei unserer Stelle zu tun. Unter der Rubrik Fundi a. b. c. — so seien die verschiedenen hier in Betracht kommenden Grundstücke genannt — steht zum Beispiel auf der Debet-Seite: Centum vir mihi debet ea condicione, ut si nupta ei esse desierim, fundos hoc pretio habere velit. Nachher wird auf der Credit-Seite vermerkt: Centum viro acceptum fero und gleichzeitig in der persönlichen Abteilung unter der Überschrift vir: Centum viro pro fundis a. b. c. expensum refero. Stellt man sich die transscriptio in dieser Form vor, so erscheint die Wendung fundos transscribere viro in der Tat nicht im geringsten befremdlich. Fundi d. h. alles was unter „fundi" steht, das ganze Konto „fundi" wird viro d. h. auf den Mann, zu Lasten des Kontos „vir" umgeschrieben. Bei einer derartigen Einrichtung des codex accepti et expensi wird zugleich das ganze Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer auf eine festere Grundlage gestellt. Die umzuschreibende Schuld taucht nicht plötzlich und unerwartet auf, sondern ihre ganze Entstehungsgeschichte ist aus dem Buche ersichtlich. Die Vereinbarung „mulier transscribat viro" ist viel leichter verständlich, wenn sie sich auf eine in den tabulae der Frau von Anfang an

vorhandene Eintragung bezieht. Auf diese Weise haben ferner die Kontrahenten jederzeit einen klaren Überblick über ihr Verhältnis zu einander und sind nicht genötigt, darüber erst andere Bücher einzusehen. — Das alles spricht überzeugend zu Gunsten der Theorie Karlowas.

Gegen die von uns beliebte Interpretation wende man nicht ein, daß der Litteralkontrakt in dem oben geschilderten Sinne im justinianäischen Recht nicht mehr vorkommt. L. 12 c. l. stammt von Proculus, der unter Vespasian lebte. Und damals stand der Litteralkontrakt noch in voller Blüte. Die Redaktoren aber haben die Entscheidung unverändert übernommen, denn sie wollten lediglich betonen, daß dem fraglichen Abkommen eine Klage entspringt und welcher Art sie ist.

In letzter Linie ist also die Frau allerdings zu einem „reddere" verbunden. Damit ist aber die Bedeutung von transscribere nicht erschöpft und daß es diese nicht allgemein hat, lehrt ein Vergleich mit der vorhin zitierten l. 49 § 9 D. Hier kann es sinngemäß nur „dare" gleichgestellt werden. Ein Argument gegen Schütze es und, sofern man auf den eben erwähnten Enderfolg sieht, für unsere Ansicht bildet auch die der l. 12 D. c. l. entsprechende Stelle der Basilken. In lib. XX tit. IV 1,12 heißt es:[1] „ἐξεῖναί μοι τοῖς αὐτοῖς τιμήμασιν ἀναλαβεῖν αὐτόν . . . Ἀναλαβεῖν hat mit vendere oder retrovendere nichts zu tun, es bedeutet soviel wie „recipere", das seinerseits wieder dem reddere entspricht.

1) Glück S. 220; Wangemann S. 39; v. Wangenheim S. 7: Schütze S. 17; Krohn S. 24.

Nach Kochs [1] Meinung, dem sich Krohn [2] anschließt, handelt es sich bei transscribere um die Eintragung in die Steuerbücher des Prätors. Dem widerspricht die Wendung „mulier transscriberet viro". [3] Ebenso wenig kann der von jeder Frau geführte „rerum libellus" in Betracht kommen, denn in ihn werden nur eingetragen „res, quas mulier solet in usu habere in domo mariti neque in dotem dat". [4] Auch widerspricht dem, wie Schütze [5] richtig bemerkt, der Schlußsatz „idque et in aliis personis observandum est." Einfacher erledigt sich die l. 2 C. c. l. „Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut sive ipsi, sive heredes eorum emtori pretium quandocumque vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur; teque parato satisfacere conditioni dictae, heres emtoris non paret, ut contractus fides servetur actio praescriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione eorum, quae post oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad adversarium pervenerunt". Nur restituere bedarf der Erläuterung. Nach l. 22 D. de V. S. 50. 16 bedeutet es: praesentiam corporis praebere possessorem facere fructusque reddere" [6] Strippelmann hat wohl Recht, wenn er meint, [7] daß die Worte „ut contractus fides servetur" an die Bedeutung der fiducia erinnern.

1) Recht der Forderungen S. 251.

2) S. 20.

3) Schütze S. 18 Was hätte es auch wohl für einen Zweck für den Mann, die Frau zu verpflichten, diese Umschreibung zu bewirken!

4) L. 8 § 3 D. de iure dotium 23,3.

5) S. 21 f.

6) Schütze S. 15.

7) S. 257.

Manche beziehen auf das Wiederkaufsrecht auch die l. 7 C. c. l[1], l 1 C. quando decreto opus non est 5,72[2], l. 6 D. de resc vend. 18,5[3] l. 2 § 5 D. pro emtore 41,4[4], l. 31 § 22 D. de aed ed 21,1[5] l. 6 C. c. l. 454[6]

In Deutschland[7] gestaltete sich die Entwickelung ähnlich der in Rom. Seit dem 13., 14. und 15. Jahrhundert kam in Anlehnung an die mit Einräumung der Gewere verbundene Pfandbestellung, die sog. ältere Satzung oder Satzung mit Gewere, die Gewohnheit auf, dem Gläubiger zur Sicherung für seine Forderung ein Grundstück zu verkaufen, sich aber ein als „Wiederkaufsrecht" bezeichnetes Recht auf „Einlösung" vorzubehalten. Von einem wirklichen Pfandrecht konnte bei einem solchen Geschäfte natürlich nicht mehr gesprochen werden, weil der Geldgeber keinerlei Anspruch mehr gegen den Geldnehmer hatte, denn die Forderung wurde mit dem Kaufpreise kompensiert. Nach Platner war die Veräußerung ein gewöhnlicher Kauf, bei dem eine Auflassung stattfand, und der Verkäufer kein dingliches Recht an dem Grund-

---

1) Aufgezählt bei Schütze S. 23 n. 1; ferner Goldschmidt S. 273 n. 4; Crome Bürgerl. Recht S. 488 n. 1; Hufeland S. 197 § 494 n. a; Martinus cap. V; Rießer S. 30; Schilling S. 656 n. z; Hellfeld S. 349 n. k; Thomasius S. 49 n.; vgl. auch v. Wangenheim S. 8 n. 2; Dernburg, Pandekten II S. 261 n. 15.

2) Aufgezählt bei Schütze S. 25 n. 1; ferner Martinus cap. III; Schilling S. 656 n. z.

3) Koch, Recht der Forderungen S. 253.

4) Vergl. Schütze S 26.

5) Siehe n. 4.

6) Bechmann S. 533.

7) Vergl. hierüber Platner S. 124 ff.; Schroeder S. 713, 725.

stück behielt. Heusler[1] hingegen behauptet, daß die Auflassung unterblieb und dem Veräußerer der Rückerwerb durch ein dingliches Recht gesichert wurde. Er dürfte Recht haben.[2] Das Einlösungsrecht wirkte anfänglich nur gegen den ersten Käufer, später, namentlich im Zusammenhange mit der Ausbildung der Order- und Inhaberpapiere, auf Grund besonderen Vorbehalts auch gegen jeden folgenden:[3] Der Berechtigte konnte, wenn er Gebrauch davon machte, „den Kauf brechen und machtlos machen"[4] d. h. es wirkte dinglich,[5] und hinsichtlich der Verfügungen fand Rückziehung statt,[6] der Hauptvertrag wurde durch die Zurückzahlung des Kaufgeldes aufgehoben.[7]

Nach der Rezeption fand das römische Pfandrecht Eingang, und der deutschrechtliche Verkauf auf Wiederkauf wurde zurückgedrängt. Wenig hold war ihm auch das kanonische Recht. Es beschäftigt sich mit ihm an zwei Stellen.[8] In cap. 5 X. de emtione et venditione 3,17 heißt es: „Cum R . . . . ab M. mutuum recipere voluisset, creditor . . . . domos emptoris, cum re vera contractus usurarius ageretur, quod patet ex eo quod creditor . . . debitori promisit, quod quan-

1) S. 138, insbesondere n. 9.

2) Vergl auch die bei Strippelmann S. 258 n. 12 angeführten Schriftsteller.

3) Platner S. 158, übereinstimmend Stobbe S. 220 b.

4) Platner S. 158.

5) ebenso Arthur Kohler S. 85.

6) Man vergleiche die bei Lörsch und Schröder unter Nr. 112, 153, 164 angeführten Urkunden.

7) Platner S. 157. Die hervorgehobenen Wirkungen sprechen besonders für Heuslers Ansicht.

8) Schütze S. 27 f.

documque a septennio usque ad nonum daret XL uncias Tarenorum, quae vix dimidiam iusti pretii contingebant, domos eius restitueret et olivas.“ Die andere Stelle ist cap. 4 X. de pignoribus 3,21: „ . . . . Ex parte praedictae G. et heredum eius fuit proprositum. . . . . terras, quas iidem H. et. B. repetebant ab eis, non esse pignori obligatas sed pure venditas . . . . . Praefatus vero H pro se et fratre suo firmiter asserebat, terras non esse pure venditas sed pignori obligatas, quum venditioni praedictae talis fuerit adiecta conditio, ut si . . . . . praefato T. emptio displiceret, G. pater H abinde usque ad annun unum viginti sex libras . . . . dare deberet“

Endlich ist noch zu erwähnen, daß auch einige Reichsabschiede und Polizeiordnungen des „Wiederkaufs“ gedenken.[1] Bei dem vorwiegend polizeilichen Charakter der Gesetze des alten deutschen Reichs beschäftigen sie sich aber nur mit Auswüchsen des Instituts und sind deshalb für unsere Frage belanglos.[2]

Einen besonderen Namen für das Wiederkaufsrecht kennen die Quellen nicht. Die gemeinrechtliche Doktrin bezeichnet es meist als pactum de retrovendendo. Daneben finden wir[3] die Ausdrücke ius retrovenditionis, pactum revendendi, recipiendi, reciperandi, reluendi, transscribendi, redimendi, venditio fiduciaria. Schon diese Vielseitigkeit gestattet einen Schluß darauf, wie bestritten unsere Frage ist. Da alle die genannten termini von der Wissenschaft geprägt sind, so darf man

1) Krohn S. 11, Wangemann S. 35, Hahn S. 22, Schütze S. 28.
2) übereinstimmend Schütze S. 28.
3) Martinus cap. I, Schütze S. 17 n. 1.

aus ihnen nicht das Wesen des in den Quellen erwähnten Geschäfts erklären wollen. Diesen Fehler begeht Schütze.[1]

§ 3.

Unrichtige Ansichten über die rechtliche Natur.

I. Die herrschende Meinung sieht in dem Vorbehalt des Wiederkaufs einen Vorvertrag auf Abschluß eines zweiten Kaufs, dessen Realisierung in das Belieben des Verkäufers gestellt ist. Mit musterhafter Schärfe und Klarheit drückt das Lesser[2] folgendermaßen aus: § 5 Pactum de retrovendendo est pactum minus principale, per quod emtor promittit, se rem emtam venditori, si huic placuerit, revendere velle. Unde apparet:

1. Pacto de retrovendendo inesse pactum de vendendo, idque a retrovenditione ita differre, prout in genere pactum de vendendo ab ipsa venditione differat.

2. Hoc pactum tantum producere obligationem primi emtoris ad retrovendendum.

3. In eo differre pactum de retrovendendo a pacto de vendendo, quod, licet sit pactum praeparatorium respectu futurae retrovenditionis, intuitu primae emtionis venditionis tamen sit pactum adiectum, quia eam magis determinet.

§ 6 . . . . 1 Non dari retrovenditionem sine antecedente pacto de retrovendendo.

2. Non dari pactum de retrovendendo sine emtione venditione cui adjectum est; sicque pactum de

1) S. 9.
2) S. 5 §§ 5, 6.

retrovendendo alii negotio quam emtioni venditioni adici non posse.

3. Pactum de retrovendendo et ipsam retrovenditionem toto coelo inter se differre (vgl. zu § 6 Nr. 1—3 oben S. 8).

Von sonstigen Vertretern dieser Meinung seien hervorgehoben: Arndts,[1] Baron,[2] Brinz,[3] Demelius,[4] Fitting,[5] Glück,[6] der indes dahin gestellt sein läßt, ob es sich nicht um einen Reukauf (Kauf mit pactum displicentiae) handelt[7] Gruchot,[8] Hellfeld[9] (conventio de re vendita suo tempore venditori redimere volenti iterum vendenda), Keller,[10] Koch,[11] Mühlenbruch,[12] Wilhelm Müller,[13] Pernice,[14] Platner,[15] Puchta,[16] Schütze,[17] Schweppe,[18] Seuffert,[19]

---

1) S. 110 n. 6, S. 595 f.
2) S. 482.
3) S. 325 n. 3.
4) S. 194 ff. Wenn Krohn S. 28 f mit Demelius Ausführungen seine eigene Meinung zu stützen sucht, so ist das eine arge Vergewaltigung.
5) II S. 267 e. 109, V S. 87 n. 16.
6) S. 199.
7) S. 204.
8) S. 586.
9) S. 394 § 997.
10) S. 615.
11) Recht der Forderungen S. 240
12) S. 421 Nr. 5.
13) S. 324.
14) S. 186.
15) S. 155 f
16) Pandekten I S. 330.
17) S. 9.
18) S. 443 § 535.
19) Pandekten I S. 353 § 391.

Sintenis,[1] Stammler,[2] Strube,[3] Thöl,[4] Unger,[4a] Unterholzner,[5] Wendt,[6] Wening-Ingenheim,[7] Windscheid,[8] der sich indes zweifelnd verhält[9] (unten S. 53 f.)

Die Vorvertragstheorie findet aber in den Quellen keine Stütze. Vor allem die l. 2 C. c. l. redet in keiner Weise von einem pactum de contrahendo, obwohl dies von den Glossatoren allgemein behauptet wurde.[10] Diese Ansicht weist auch Schütze energisch zurück. In der Stelle handelt es sich nur um eine Pflicht zur Restitution, und nach der S. 18 gegebenen Begriffsbestimmung von restituere kann man es unmöglich als gleichbedeutend mit retrovendere nehmen. Man könnte vielleicht einwenden, der Kaiser Alexander, von dem diese lex herrührt, spreche deshalb von restituere, weil er in dem Satze „emtori pretium obtulissent, restitueretur" stillschweigend den Abschluß eines contractus emtionis venditionis voraussetzt, welcher dem durch die erwähnte lex vereinbarten Vorvertrage entspricht. Eine solche Auffassung ist mit der Stelle an sich wohl verträglich und besonders der nachher gebrauchte Ausdruck contractus ließe sich zu ihren Gunsten anführen. Aber einerseits

---

1) S. 647.
2) S. 13.
3) nach v. Wangenheim S. 6, nach Gruchot S. 586 n. *
4) S. 778 n. 5.
4a) S. 381 n. 11.
5) Verjährungslehre II S. 316 n *
6) S. 495.
7) S. 346.
8) II S. 599.
9) II S. 600 n. 7.
10) Schütze S. 14.

erscheint sie gekünstelt, zumal sich eine ganz einfache und wortgetreue Interpretation als die beste bewährt, wie wir sehen werden, andererseits spricht direkt dagegen, daß dem Beschwerdeführer die actio praescriptis verbis vel ex vendito gegeben wird. Wäre wirklich ein zweiter contractus zustande gekommen, so wäre es unbegreiflich, weshalb er als Wiederkäufer, also als wirklicher Käufer aus einem contractus emtionis venditionis nicht die actio emti sollte anstellen können. Und ferner läge dann überhaupt kein besonderer Tatbestand mehr vor, da der Käufer, indem er den Wiederkauf abschloß, seiner Verpflichtung aus dem pactum de retrovendendo genügt hat, und nun die beiderseitigen Verpflichtungen sich nach den gewöhnlichen Vorschriften über den Kauf regeln. Darüber hätte man wohl schwerlich eine Entscheidung des Kaisers eingeholt.

Da in l. 12 D. 19, 5 transscribere nicht als gleichbedeutend mit retrovendere genommen werden kann, läßt sich auch diese Stelle nicht für die Vorvertragstheorie anführen.

Es kommt noch in Betracht l. 7 C. 4, 54; hier heißt es: „Si a te comparavit is, cuius meministi, et convenit, ut si intra certum tempus soluta fuerit data quantitas, sit res inemta, remitti hanc conventionem rescripto nostro, non iure petis. Sed si se substrahat, ut iure dominii eandem rem retineat, denuntiationis et obsignationis depositionisque remedio contra fraudem potes iuri tuo consulere.“ Lassen wir hierüber Schütze zu Worte kommen.

„Es liegt auf der Hand,“ sagt er,[1] „daß hier kein

1) S. 24.

pactum de retrovendendo abgeschlossen sein kann, denn die Worte: „si intra certum tempus soluta fuerit data quantitas, sit res inemta“ können nur von einem durch Rückzahlung des Kaufpreises innerhalb bestimmter Zeit resolutiv bedingten Kaufvertrag verstanden werden. Ein pactum de retrovendendo könnte niemals bewirken, daß eine verkaufte Sache „inemta sit“, da, wie der Kaufvertrag selbst, so auch die Verpflichtung zur Eingehung eines solchen, stets nur obligatorische Wirkungen nach sich ziehen kann . . . . Auch die Worte: „si se subtrahat, ut dominii iure eandem rem retineat“ zwingen nicht zu der Annahme, daß es sich um einen Käufer handle, der sich dem Rückkauf entziehe, um sein Eigentum an der Kaufsache nicht aufgeben zu brauchen, sondern lassen sich viel zwangloser dahin erklären, daß sich der Käufer vor dem Verkäufer verborgen halte, damit dieser ihm nicht den Preis der Sache anbieten könne, und damit so der Eintritt der Bedingung innerhalb der im Kaufvertrage festgesetzten Frist vereitelt werde; ja der Schluß der Stelle, welcher dem Musaeus anrät, wenn er dieser Gefahr entgehen wolle, brauche er nur den ihm seinerzeit gezahlten Preis versiegelt zu deponieren und darüber Mitteilung an den Gegner zu senden, zwingt geradezu zu der letzteren Annahme, da der Abschluß eines Rückverkaufs auf diese Weise nicht zu erreichen wäre, während bei einem nur durch Rückgabe des Kaufpreises innerhalb bestimmter Zeit bedingten Kaufvertrag durch derartige Deposition unmittelbar der Erfolg herbeigeführt würde, „ut sit res inemta.“ — Diesen Ausführungen kann man nur in allen Punkten zustimmen.

Die l. 1 C. quando decreto opus non est 5, 72

kann für das Wiederkaufsrecht überhaupt nicht verwendet werden; denn die darin erwähnte Abmachung ist offenbar nur zu Gunsten des Käufers getroffen, wie aus dem ersten Satz erhellt: „Si probare potes, patrem pupilli, cuius tutores convenisti, consensisse, ut reddito tibi praedio pretium reciperet, id quod convenit servabitur.“ Jedenfalls handelt es sich um ein pactum displicentiae oder einen nachträglichen contrarius consensus zur Beseitigung der Folgen des ganzen Geschäfts.

Auch die anderen angeführten Stellen des corpus iuris civilis reden nicht von einem pactum de contrahendo, sondern von Geschäften, die unter einer Resolutivbedingung oder unter Hinzufügung eines pactum displicentiae geschlossen sind. [1]

Ebensowenig kann sich die Vorvertragstheorie auf das kanonische Recht stützen.[2] Cap. 5 X. 3,17 und cap. 4 X. 3,21 schließen die Annahme eines pactum de contrahendo völlig aus.

Das Ergebnis unserer Untersuchungen ist mithin, daß der Wiederkaufsvorbehalt kein Vorvertrag auf Abschluß eines zweiten Kaufes ist.

II. Auf einer Verwechselung der rechtlichen Natur mit der wirtschaftlichen beruht die Ansicht, daß der Verkauf auf Wiederkauf eine fiducia ist. Sie ist zum erstenmal von Budaeus vertreten worden.[3] In neuerer Zeit stehen[4] Büchel, Hugo und Voigt auf diesem Standpunkt. Dagegen hat sich besonders Thomasius

---

1) übereinstimmend Schütze S. 25 f.
2) übereinstimmend Schütze S. 27 f. Glück S 205 u. 85.
3) nach Schütze S. 10 u. 2.
4) nach Oertmann Fiducia S. 179 ff.

(Bastineller) in seiner „Dissertatio de usu practico distinctionis inter emtionem cum pacto de retrovendendo et contractum pigneratitium“ gewandt. Eine treffende Widerlegung findet sich auch bei Strippelmann,[1] Dernburg[2] und Oertmann.[3]

Beide Institute sind grundverschieden. Die fiducia ist ein Kreditgeschäft, der Kauf mit Vorbehalt des Wiederkaufs nicht. Deshalb stehen sich die Kontrahenten dort als Gläubiger und Schuldner, hier als Verkäufer und Käufer gegenüber. Durch jenes Geschäft wird eine Verpflichtung des Geldnehmers zur Rückzahlung, durch dieses ein Recht dazu begründet. Erstere wird durch den Untergang des Objekts nicht berührt, letztere erlischt dadurch, weil seine Ausübung unmöglich wird. Bei der fiducia entsteht ein neues Rechtsverhältnis, wenn der Schuldner zahlt, beim Kauf mit pactum de retrovendendo genügt dazu eine Willenserklärung des Verkäufers (unten S. 53), dort erwächst eine einseitige, hier eine zweiseitige Obligation. Jene bringt ein Rechtsverhältnis, das seiner Natur nach nur zeitlich begrenzt ist, zum Erlöschen; der Wiederkauf hingegen hat keinen Einfluß auf den Bestand des ersten Kaufs. Dieser wird nicht aufgehoben und kann auch fernerhin bedeutsam werden. Endlich ist hervorzuheben, daß in einer großen Reihe von Fällen der Verkauf auf Wiederkauf garnicht der Befriedigung eines Kreditbedürfnisses dient. Ein Beispiel dafür teilt Hahn S. 28 mit. Ein Reserve-Offizier wird zu einer Übung eingezogen und braucht

1) S. 259 f.
2) Pandekten I S. 257.
3) Fiducia S. 179 ff.

dazu ein Pferd. Der Händler, an den er sich wendet, hat Geld in Überfluß. Das Tier aber will er nicht dauernd entbehren, und deshalb bedingt er sich aus, es nach Beendigung der Übung wiederkaufen zu dürfen. Diesen Unterschied hinsichtlich des wirtschaftlichen Endzweckes halten manche Schriftsteller für bedeutsam. So ist nach Meister[1] das Geschäft, wenn es „zur Versicherung eines Anlehens" geschlossen wird[2] als antichretitische Pfandbestellung zu beurteilen. Andernfalls gibt es dem Verkäufer das Recht, „das verkaufte Gut mit der Kaufsumme wieder einzulösen".[3] Demgegenüber ist zu beachten, daß es lediglich auf das Wesen des Vertrages ankommt. Ob dieser ein verschleiertes Darlehn ist, ist an sich ganz belanglos, denn es muß den Parteien überlassen bleiben, in welcher Form sie ihre Kreditgeschäfte abwickeln wollen. Der Staat hat nur ein Interesse, wucherische Auswüchse zu unterdrücken. Ob aber der Kauf durch Wiederkauf wucherisch ist, darüber kann nur im Einzelfall nach allgemeinen Grundsätzen entschieden werden.[4] Und nur insofern kommt die antichretische Pfandbestellung in Betracht, als sie einen Maßstab für diese Beurteilung bilden kann. — Besonders wichtig wird die Hineinziehung des wirtschaftlichen Zweckes gegenüber dem modernen Verbote der Hypothek an beweglichen Sachen. Vielfach schließt nämlich der Gläubiger mit seinem Schuldner einen Vertrag, wonach dieser jenem sein Wirtschaftsmobiliar

1) S. 208 ff.
2) S. 210.
3) S. 212.
4) Warnkönig S. 351 ff. Crome Bürgerl. Recht S. 489 f Nr. 6.

für den Betrag des gewährten Darlehns verkauft und sich den Wiederkauf vorbehält. Auf Grund eines constitutum possessorium bleibt dann der Verkäufer als Mieter, Pächter oder in einem ähnlichen Verhältnis im Besitz der Sache. Joseph Kohler,[1] Hellwig[2] und Kuhlenbeck[3] wollen ein derartiges Geschäft als Verpfändung beurteilen, denn es sei ein Scheingeschäft und in fraudem legis abgeschlossen. Das Reichsgericht[4] vertritt mit Recht den entgegengesetzten Standpunkt. Auch hier greifen jene Erwägungen Platz. Und l. 29 D. de leg. I, 3 bestimmt: „Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit". Was ist denn nun aber die sententia, der Sinn, des Verbots der Hypothek an Mobilien? Dem Grundsatz der Publicität entsprossen, soll es verhindern, daß der Schuldner durch Bestellung mehrerer Hypotheken, die den Wert der Sache übersteigen, seine Gläubiger schädigt. Eine solche Benachteiligung ist umso eher zu befürchten, als eine (tatsächliche) Vermutung dafür spricht, daß bewegliche Sachen lastenfrei sind. Was die Veräußerung anbetrifft, so ist keineswegs allgemein vorauszusetzen, daß der Veräußerer auch Eigentümer ist.[5] Da die Zahl der Geschäfte auf Abzahlung im modernen Verkehr eine recht große ist, so muß vielmehr ein vorsichtiger Käufer

1) S. 151 f.
2) S. 369 ff.
3) Rechtsprechung S. 388.
4) Entscheidungen Bd. 26 Nr. 32 S. 180 ff., Bd. 30 Nr. 80 S. 275.
5) Protokolle II S. 201 nach Kuhlenbeck Rechtsprechung S. 388 (siehe n. 3).

über jenen Punkt genaue Erkundigungen einziehen. Deshalb hat das Gesetz nichts dagegen, daß der Verkäufer, auch, nachdem er aufgehört hat Eigentümer zu sein, dennoch Besitzer bleibt. Wenn es aber ein derartiges Verhältnis überhaupt billigt, so ist nicht einzusehen, weshalb es in einem einzelnen Falle mit Rücksicht auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis eine Ausnahme machen sollte. Und so werden wir also sagen können, daß das Verbotsgesetz der Hypothek an Mobilien „bloß einen bestimmten Weg zu einem Ziele ungangbar machen, nicht einen materiellen, insbesondere wirtschaftlichen Erfolg verhindern will".[1] Daß aber die Parteien ein Scheingeschäft schließen, trifft nicht zu, denn sie wollen einen ernstlichen Kauf.

Das Ergebnis unserer Untersuchungen ist, daß der Verkauf auf Wiederkauf keine fiducia ist, und daß eine Unterscheidung der verschiedenen Fälle nach ihrem wirtschaftlichen Endzweck unangebracht ist.

Überdies stützt auch das kanonische Recht nicht die Pfandrechtstheorie. Nach den beiden angeführten Stellen könnte es zwar scheinen, als ob es jeden Kauf, dem das Geding des Wiederkaufs angehängt ist, als verschleiertes Darlehn, als contractus pigneraticius behandelt. Diese lassen sich aber nur verstehen, wenn man an die kanonischen Zinsverbote denkt. Letztere ließen sich natürlich durch einen Kauf auf Wiederkauf leicht umgehen. Und dazu wird er auch nicht selten benutzt worden sein. So ist die Abneigung der kirchlichen Gesetzgeber gegen ihn leicht erklärlich. Immerhin dürften auch sie kaum der Ansicht Pufendorfs ohne Einschränkung zustimmen,

1) Dernburg Pandekten I, S. 71.

welcher[1] ganz allgemein schreibt: „Nihil convenientius est, quam ut dicamus, emtionem sub pacto retrovenditionis naturam pignoris antichretici habere, neque ab eo differe, quam quod dominii translationem temporariam comprehendat, in pignore autem debitor dominium retineat". Die ratio legis des cap. 5 X. c. l. und des cap. 4 X. de pignor ist vielmehr, ein agere in fraudem legis zu verhüten, wie das deutlich erhellt aus den Worten: „ne per canonem contra usurarios editum posset in posterum conveniri, cum re vera contractus usurarius ageretur". Wo sich daher unter dem Kauf mit Vorbehalt des Wiederkaufs nicht ein zinsbares Darlehn versteckt, muß man ihn auch vom Standpunkte des kanonischen Rechts als solchen beurteilen. In gleichem Sinne äußert sich Glück[2] und nach Warnkönig[3] sogar die Glosse zum corpus iuris canonici.

III. Eine weitverbreitete Ansicht sieht in dem Kauf mit angehängtem pactum de retrovendendo einen einheitlichen resolutiv bedingten Kauf. Die Bedingung sei die in das freie Belieben des Verkäufers gestellte Wiederkaufserklärung Daß eine solche Bedingung an sich zulässig ist, kann begründeten Zweifeln nicht unterliegen,[4] und zumal beim Wiederkauf ist sie sehr berechtigt, weil hier der Wiedererwerb der Sache meist ein lebhafter Wunsch des Veräußerers ist, und bloße Laune daher garnicht in Betracht kommt: „Inter pacta

1) nach Strippelmann S. 259.

2) S. 206 n. 85.

3) S. 378.

4) v. Scheurl S. 90ff § 24, Rehbein BGB. S. 231, vergl. unten S. 81 n. 1.

resolutiva", schreibt Struk,[1] „eminet retrovendentionis conditio, contractui emtionis venditionis adiecta, quae in praxi satis decantatata est". Ebenso führt nach Kierulf[2] die Erklärung des Berechtigten, „für einen angemessenen Preis (siehe unten S. 59 Nr. 6) nunmehr das Objekt wieder anzunehmen", die Aufhebung des Kaufes herbei. Dabelow[3] und Rießer[4] äußern sich ähnlich. In neuester Zeit haben sich Arthur Kohler[5] und v. Wangenheim[6] auf diesen Standpunkt gestellt. Ersterer erblickt in dem gemeinrechtlichen pactum de retrovendendo einen Anwendungsfall der sog. unechten Resolutivbedingung. Hierunter aber versteht er[7] eine Nebenwillenserklärung, durch die das Hauptgeschäft mit obligatorischer Wirkung aufgelöst wird. Zweifellos gehört auch Treitschke hierher, obwohl er von Krohn[8] und Wangemann[9] als Vertreter der Theorie von suspensiv bedingtem Kauf genannt wird. Denn S. 327 erklärt er klipp und klar den Wiederkauf für eine obligatorisch wirkende Resolutivbedingung. Und an anderer Stelle[10] spricht er sich wie folgt aus: „Was die modernen Schriftsteller pactum de retrovendendo zu nennen pflegten, sei den Römern sachlich unter dem Namen pactum de restituendo oder ut res fieret

1) nach v Wangenheim S. 8. Gruchot S. 587 n. 2.
2) S. 194.
3) S. 667 § 1305.
4) S. 39ff § 7.
5) S. 73f.
6) S. 7.
7) S. 4.
8) S. 26.
9) S. 39.
10) S. 201ff.

inemta bekannt gewesen. Einen neuen Kauf möchte er beim Wiederkauf nicht annehmen; dieser bilde nur eine Nebenberedung des alten Kaufes, und die Sache sei für den Fall, daß der Verkäufer sie wieder zu haben wünsche, bereits verkauft, ohne daß es nunmehr auf den Willen des Verpflichteten ankomme." Aus der Gleichstellung des Wiederkaufsgedings mit dem pactum de re restituenda oder ut res fieret inemta geht klar hervor, daß die Verneinung eines „neuen" Kaufs gleichbedeutend mit der Leugnung eines zweiten Kaufs überhaupt ist, und daß demgemäß nur ein einziger resolutiv bedingter Kauf angenommen wird.

Diese Theorie wird dem Wesen des Wiederkaufs nicht gerecht. — Die Eigentümlichkeit der Resolutivbedingung besteht darin, daß sie auf den Bestand des Geschäftes von Einfluß ist.

a) Nach der herrschenden Meinung[1] bewirkt ihr Eintritt eine Auflösung des Vertrages mit dinglicher Wirkung, das Eigentum fällt also ipso iure an den Veräußerer zurück. In l. 12 D. c. l. und l. 2 C. 4,54 ist von einem solchen Rückfall keine Rede, sonst müßte der Kläger die rei vindicatio anstellen können.[2] Da ihm die actio praescriptis verbis vel ex vendito gegeben wird, muß es sich um ein obligatorisches Verhältnis handeln. Beruft man sich neben den angeführten Fragmenten auf die l. 7 C. 4,54, so setzt man sich dem Vorwurf aus, Geschäfte von grundverschiedenem Charakter mit einem einheitlichen Namen zu belegen. Letzterer

1) v. Scheurl S. 232ff. v. Vangerow I S. 150, Arndts S. 110 n. 6 und die dort Genannten.

2) ebenso Schütze S. 14.

hört dadurch auf, ein fester Begriff zu sein. Bezieht man die l. 7 C. c l. allein auf das Wiederkaufsrecht, so opfert man diesen Begriff überhaupt auf, denn es besteht keine Veranlassung, ein gewöhnliches bedingtes Geschäft besonders zu benennen.

b) Auch wenn man dem Eintritt der Bedingung bloß obligatorische Wirkung zuschreibt,[1] ergeben sich Widersprüche, weil der Wiederkauf nicht die Auflösung des ersten Kaufes zur Folge hat Aus l. 12 D. de praescr. verb und l. 2 C. c. l. ist das wenigstens nicht ersichtlich. Mit der Verpflichtung des Wiederkäufers zum transscribere bezw. restituere ist das Fortbestehen des ursprünglichen contractus emtionis venditionis wohl vereinbar. Sollte aber eine Auflösung des letzteren eintreten, so wären die beiderseitigen Verbindlichkeiten mit dem pretium solvere bezw. restituere nicht erschöpft. Man denke nur an die Ansprüche aus der actio quanti minoris, wegen etwaiger Schadenszufügungen und wegen Verteilung der Früchte.

c) Eine dritte Meinung[2] schreibt der Erfüllung der Resolutivbedingung bald dingliche bald obligatorische Wirkung zu. Hinsichtlich ihrer genügt der Hinweis auf das unter a und b Gesagte.

IV. Glück,[3] Göppert[4] und Eck[5] sehen in dem Verkauf auf Wiederkauf einen Kauf mit angehängtem pactum displicentiae zu Gunsten des Verkäufers. Das scheint auch Leonhards Standpunkt zu sein, wenn er

1) Rießer S. 1 ff.
2) Dernburg Pandekten I 1 S. 259
3) S. 204 f.
4) S. 407 n. *
5) S. 1333.

sagt,[1] daß das Geschäft „durch den einen der Kontrahenten frei auflösbar ist". Goldschmidt, der im übrigen das Wesen des Wiederkaufs ganz richtig erfaßt (unten S. 54 f.), macht sich einer bedauerlichen Begriffsverwirrung schuldig, indem er fortfährt:[2] „Das dem unbedingten Hauptvertrage angehängte pactum displicentiae ist nichts anderes als ein pactum de retrovendendo zu Gunsten des Käufers: das sog. pactum de retroemendo. Der Käufer ist berechtigt zurückzuverkaufen, der Verkäufer verpflichtet, eventuell zurückzukaufen". Arthur Kohler (vergl. oben S. 33, unten S. 45) äußert sich[3] in ähnlicher Weise: „Was man mit pactum de retrovendendo bezeichnet, ist in den Quellen lediglich ein Gegenstück des pactum displicentiae: bei diesem hat der Käufer ohne irgend eine weitere begriffliche Voraussetzung das Recht, den Kaufvertrag aufzulösen."

Diese Autoren beachten nicht, daß trotz der vielen Beziehungen zwischen pactum displicentiae und pactum de retrovendendo, und trotzdem sie zu demselben wirtschaftlichen Erfolge führen können, dennoch tiefgreifende juristische Unterschiede zwischen beiden bestehen.

a) Goldschmidt[4] und mit ihm Schütze[5] lassen aus dem pactum displicentiae nur eine obligatio auf Rückgabe entspringen. Der Vertrag wird rückgängig gemacht.[6] „Die Klage ist die gewöhnliche actio red-

1) S. 482.
2) S. 273 Nr. II 1.
3) S. 73, vergl. auch S. 74 Nr. II 2.
4) S. 113.
5) S. 68 ff., vergl. ferner die hier Genannten.
6) Goldschmidt S. 113 n. 3.

hibitoria, gerichtet auf Ersatz des Kaufgeldes nebst Zinsen und sonstigen Accessionen, namentlich Impensen oder Befreiung von der besonders promittierten Kaufgelderschuld gegen Rückgabe der Sache, soweit diese möglich, der gezogenen und schuldbarerweise nicht gezogenen Früchte, Ersatz aller nicht rein zufälligen Verschlechterungen und Befreiung von etwa auferlegten dinglichen Lasten".[1] Bereits unter 3b ist nachgewiesen, daß eine Auflösung des Vertrages nicht eintritt. Eine Klage in dem hier geschilderten Umfange zu gewähren, steht aber mit l. 2 C. 4,54 in offenbarem Widerspruch; denn nur insoweit hat der Beschwerdeführer Anspruch auf die Nutzungen, als sie „post oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad adversarium pervenerunt". Andererseits hat er auch keine Zinsen zu zahlen, weil nach l. 12 D. c. l. nur „idem pretium" zu erstatten ist. In l. 2 C. de pact. int. emt. et. vend. comp. wird sogar nur von pretium schlechthin gesprochen; das läßt die Annahme zu, daß auch ein anderer Preis als der ursprüngliche Kaufpreis geboten werden durfte. Außerdem ist das Rücktrittsrecht zeitlich beschränkt. L. 31 § 22 D. de aed. ed. 21,1 verordnet nämlich: „Si quid ita venierit, ut, nisi placuerit intra praefinitum tempus redhibeatur, ea conventio rata habetur; si autem de tempore nihil convenerit, in factum actio intra sexaginta dies utiles accommodatur emtori ad redhibendum, ultra non. Si vero convenerit, ut in perpetuum redhibitio fiat, puto hanc conventionem

---

1) Goldschmidt S. 124 f. Nr. II.

valere". - Im Zweifel[1] muß also das displicere binnen 60 Tagen erklärt werden. Aus unseren Quellenstellen ergibt sich aber eine solche Einschränkung des Rechts des Wiederverkäufers nicht. — Gleichzeitig mit der Mißbilligung muß ferner die Sache zurückgegeben werden.[2] Beim pactum de retrevoendendo genügt aber nach der richtigen Meinung Verbaloblation des Preises (unten S. 53), denn l. 2 C. c. l. 4,54 spricht nur von „pretium offerre" und l. 1,2 D. de praesr. verb. schweigt völlig darüber, wie der Preis zu zahlen ist

b) Nach Fitting[3] ist der Verkauf mit pactum displicentiae stets resolutiv bedingt. Die Erfüllung der Bedingung hat aber niemals dingliche Wirkung. Im übrigen unterscheidet er zwei Fälle.

α) Haben die Parteien die Worte „ut redhibeatur" oder „ut inemtus sit" gebraucht, so liegt ein „Rückkauf der ersten Art" vor. Dann finden die Grundsätze der ädilizischen actio redhibitoria uneingeschränkte Anwendung.

β) Ist der Rückkauf unter anderen Formeln vorbehalten insbesondere durch die Klausel „ut reddatur", so handelt es sich um einen „Reukauf der zweiten Art" und die gewöhnliche Theorie greift Platz,[4]

Für diejenigen, die Fittings Ansicht für richtig halten und die Gleichstellung des pactum de retrovendendo mit dem pactum displicentiae vertreten, kommt

---

1) Der letzte Satz: si vero convenerit . . . kann nur so gedeutet werden daß ausdrücklich vereinbart sein muß, „ut in perpetuum redhibitio fiat".

2) Goldschmidt S. 125.

3) II S. 274, ebenso Arthur Kohler S. 69.

4) S. 276.

nur der Fall unter β in Betracht. Zur Widerlegung genügt der Hinweis auf das unter 3b Gesagte.

c) Glück [1] sieht in dem pactum displicentiae eine dinglich wirkende Resolutivbedingung. Demgegenüber verweisen wir auf die Darlegungen unter 3a.

Auch aus einer historischen Betrachtung beider Institute und aus der Sprachweise der Quellen ergibt sich ihre Verschiedenheit. Wenn es zutrifft, daß sich der Verkauf auf Wiederkauf aus der mancipatio cum fiducia entwickelt hat (oben S. 9 ff), so ist sicher anzunehmem, daß er sofort nach der Anerkennung des Kaufs als Konsensualkontrakt Eingang gefunden hat, denn jener gegenüber bot er erhebliche Vorteile. Andererseits ist es wenig wahrscheinlich, daß der Reukauf auf ein gleiches Alter zurückblicken kann. In den ursprünglichen primitiven Formen des römischen Rechtsverkehrs bietet sich nichts Ähnliches, und auch wirtschaftlich lag kein Bedürfnis nach ihm vor, weil in dem alten Agrarstaat jeder die Sache, die er erwerben wollte, kannte, und ein Kauf auf Probe überflüssig war. Er verdankt seine Entstehung dem sich lebhafter entwickelnden Handelsverkehr. Nun wird er aber in den Quellen durchaus selbständig behandelt, und nirgends findet sich ein Hinweis, daß er sich aus dem Verkauf auf Wiederkauf gebildet hat oder wenigstens ebenso wie dieser behandelt wurde. Wäre letzteres wirklich der Fall gewesen, so müßte das Fehlen jenes Hinweises uns Wunder nehmen. Noch auffälliger müßte es erscheinen, daß in l. 12. D. c. l. und in l. 2. C. c. l. garnicht auf den Zusammenhang des darin erwähnten pactum mit dem pactum displicentiae aufmerksam ge-

2) S. 204.

macht wird. Grund genug lag dazu vor: einmal angesichts der abweichenden Ausdrucksweise der zitierten Stellen von den sonstigen, in denen das pactum displicentiae erwähnt wird (l. 6. D. de resc. vend. 18,5, l. 20 pr. D. de praescr. verb. 19,5, l. 31. § 22 D. de aed. ed 21,1); zum anderen weil es bei unbefangener Betrachtung ein erheblicher Unterschied zu sein scheint, ob dem Käufer der Rücktritt wegen displicere vorbehalten wird, oder ob der Verkäufer verlangen kann, daß der Käufer ihm das Objekt „restituiert" bezw. „transscribiert" Deshalb bleibt uns nur ein Mittel, das vermeintliche auffällige Verhalten der Quellen zu erklären: zu sagen, daß jene Voraussetzung nicht zutrifft, und daß das pactum displicentiae anders behandelt wurde als das pactum de retrovendendo, beide mithin auch wirkliche juristische Unterschiede aufweisen müssen.

Wir weisen also die Theorie von pactum displicentiae als unzutreffend zurück.

V. Gegenüber dieser Theorie und der vom resolutivbedingten Kauf nimmt Bechmann einen vermittelnden Standpunkt ein. Er unterstellt das pactum de retrovendendo nebst dem pactum displicentiae, der lex commissoria und der in diem addictio dem allgemeinen Begriff „aufhebende Nebenverträge."[1] Das aber sind „resolutive Vorbehalte zu Gunsten des einen Vertragsteils, durch welche die fortdauernde Wirksamkeit des Geschäfts seinem Ermessen anheimgestellt wird."[2] Sie gewähren dem Berechtigten ein einseitiges bedingtes Rücktrittsrecht, durch welches der Vollzug wieder beseitigt

1) S. 487, 532.
2) S. 452.

wird.[1] Hat er bereits erfüllt, so macht er es mittels Anspruchs auf Rückgabe geltend.[2] Beim Verkauf auf Wiederkauf erwirbt der Verkäufer letzteren unmittelbar dadurch, daß er den in sein Belieben gestellten[3] Rücktritt erklärt.[4]

Mit der Theorie vom resolutiv bedingten Kauf hat Bechmann also das gemein, daß er in dem pactum de retrovendendo eine aufhebende Nebenbestimmung sieht. Diese hat aber keinen Einfluß auf den Bestand des Geschäfts überhaupt, sondern nur auf dessen fortdauernde Wirksamkeit. Andererseits läßt er wie beim pactum displicentiae eine Verpflichtung zur Rückgewähr eintreten. Mit diesem ist er aber nicht identisch, denn Zinsen und Nutzungen werden nicht notwendig erstattet,[5] es kann auch ein anderer Preis als der ursprüngliche für den Wiederkauf gelten,[6] und die sechzigtägige Frist kommt nicht in Betracht.[7]

Bechmanns Theorie führt also zu folgendem Ergebnis:

1. Der Kauf wird für die Vergangenheit überhaupt nicht berührt, in Zukunft äußert er keine Wirkungen mehr.

2. Die Sache ist zu restituieren. Die Gefahrtragung, Ersatzpflicht und einige andere Punkte regeln sich nach positiver Vorschrift.

Mit dieser Gestaltung des Verhältnisses kann man sich einverstanden erklären. Die Konstruktion erscheint

1) S. 491 Nr. 4.
2) S. 491 Nr. 6.
3) S. 532.
4) S. 533 Nr. 1.
5) S. 534 Nr. 5.
6) S. 533 Nr. 3.
7) S. 544ff.

aber gekünstelt, und eine Schwäche von ihr ist es, daß sie die unter 2 genannten Punkte ohne jedes Analogon regelt, daß hier positive Vorschriften eingreifen müssen, denn die für das pactum displicentiae geltenden Regeln werden nirgends für entsprechend anwendbar mit gewissen Modifikationen erklärt. Es gibt eine einfachere Konstruktion, und die ziehen wir vor.

Schütze verkennt übrigens Bechmanns Auffassung, wenn er schreibt:[1] „Er faßt also unter den Begriff pactum de retrovendendo neben dem resolutiv bedingten Verkauf auch das pactum displicentiae." Einerseits nämlich stellt Bechmann die „resolutive Nebenberedung" in Gegensatz zur Resolutivbedingung,[1a] andererseits unterstellt er das pactum de retrovendendo und das pactum displicentiae zwar einem gemeinsamen Oberbegriff, behandelt aber ersteres in § 256, letzteres in § 258, beide mit der gleichen Ausführlichkeit und ohne bei dem einen auf das andere hinzuweisen. Der Kauf ist bedingt, und nur seine fortdauernde Wirksamkeit steht in Frage.

VI. Materiell auf dem gleichen Standpunkt wie Bechmann stehen Martinus, Hufeland, Hoepfner, Strippelmann und Degenkolb.[2] Ersterer äußert sich[3] wie folgt: „Pactum retrovenditionis est pactum contractui emtionis venditionis adiectum, ut pretio oblato, emtor eiusque heredes venditori eiusque heredibus rem restituere teneantur." Er sieht also in dem Geding des Wiederkaufs eine Nebenbestimmung, vermöge

1) S. 7.
1a) S. 487 ff.
2) siehe auch Schütze S. 8 n. 1.
3) cap. I.

welcher der Verkäufer die Sache zurückfordern kann, wenn er den Preis anbietet. Ein neuer Kauf kommt nicht zustande. Zu demselben Ergebnis gelangt Bechmann mit seinem Rücktrittsrecht. Es ist also nur eine andere Bezeichnung für das gleiche Ding. So definiert auch Hoepfner[1] das Wiederkaufsrecht als „das Recht des Verkäufers, die verkaufte Sache gegen Erstattung des Kaufschillings zurückzufordern." Er nennt es ein Wiedereinlösungsrecht und befindet sich damit in Übereinstimmung mit Hufeland. „Der Rückkaufsvertrag bewirkt gewöhnlicher Weise nur bloße Wiedereinlösung (resolutio ex nunc), nicht gänzliche Aufhebung des ersten Kaufs (resolutio ex tunc)." Und nach Degenkolb[2] endlich begründet es „ein Recht auf Einlösung d. h. auf Rückforderung der Sache gegen Entrichtung einer in bestimmter Weise normierten Einlösungssumme," auf restituere bezw. redhibere. Von Krohn[3] wird auch Strippelmann in diesem Zusammenhange erwähnt, während Hahn[4] ihn als Vertreter der Vorvertragstheorie nennt. Da er dem Wiederkauf ausdrücklich die Eigenschaft eines neuen Kaufs abspricht,[5] hat ersterer jedenfalls mehr Recht.

Da diese Auffassung materiell mit der Bechmannschen übereinstimmt, so unterliegt sie auch denselben Bedenken. Außerdem ist es sprachlich nicht zu billigen, beim Wiederkauf von „einlösen" zu reden. So möchte es scheinen, als ob die Grundsätze über die Einlösung des Pfandes maßgebend sind, was doch nicht zutrifft. Mit

1) S. 929.
2) S. 23.
3) S. 21.
4) S. 25.
5) S. 260.

Hufeland eine resolutio ex nunc des Kaufvertrages anzunehmen geht ganz und gar nicht an, weil nach l. 2 C. c. l. und l. 12 D. c. dessen Fortbestehen anzunehmen ist, wie wir gesehen haben (oben S. 35).

VII. An letzter Stelle ist die Theorie zu erwähnen, die ein einheitliches Wiederkaufsrecht leugnet.[1] So meint Schilling,[2] das pactum de retrovendendo sei bald ein Vorvertrag auf Abschluß eines neuen Kaufs, bald eine Resolutivbedingung, je nachdem die rei vindicatio gegeben ist oder nicht. Auch Thibaut hebt den Fall besonders hervor,[3] „wenn der Verkäufer den Nebenvertrag so geschlossen hat, daß das Anerbieten zum Wiederkauf den ersten Handel wieder auflösen solle." Dasselbe tut Unterholzner in seinen Schuldverhältnissen,[4] während er in seiner Verjährungslehre nur die Theorie vom pactum de contrahendo vertritt (oben S. 24). Diese irrtümliche Meinung beruht darauf, daß man Stellen auf das Wiederkaufsrecht bezieht, die von einer gewöhnlichen Resolutivbedingung reden, so vor allem die l. 7 C. 4, 54. Bereits unter 3a ist davon gesprochen. Eck[5] nimmt zwar regelmäßig (oben S. 35) ein pactum displicentiae an, jedoch sei auch möglich, „daß die Parteien einen Vorvertrag gewollt haben, und das sei um so wahrscheinlicher, je mehr Punkte neu bestimmt werden sollten." Beides ist unzutreffend. Wollten die Kontrahenten ein pactum de contrahendo, so liegt eben ein Wiederkaufsrecht in unserem Sinne nicht vor, sondern ein nach allgemeinen

1) Vergl. auch Schütze S. 8.
2) S. 651 f.
3) II. S. 143 f. § 616.
4) II. S. 224 § 432.
5) S. 1333.

Grundsätzen zu beurteilender Vorvertrag mit der einzigen Eigentümlichkeit, daß er in Beziehung zu einem vorangegangenen contractus emtionis venditionis steht. Ein Wiederkaufsrecht von dieser Gestaltung ist in den Quellen nicht erwähnt. Bereits in anderem Zusammenhange (oben S. 29 ff.) wurde auf die Zweiteilung des Wiederkaufs je nach seiner wirtschaftlichen Zweckbestimmung hingewiesen.

Das Ergebnis unserer bisherigen Untersuchungen ist ein rein negatives. Wir haben nur erkannt, was das Wiederkaufsrecht nicht ist. Weil keine der im Vorangegangenen erwähnten Theorien den Quellen gerecht wird, haben manche behauptet, daß diese es überhaupt nicht kennen oder wenigstens von ihm schweigen. Vertreter dieser Ansicht sind außer den bei Krohn,[1] Schütze[2] und v. Wangenheim[3] Genannten Arthur Kohler und Wilhelm Müller. Ersterer meint,[4] das eigentliche pactum de retrovendendo sei ein Erzeugnis der gemeinrechtlichen Lehre. In den Quellen komme es vor als Gegenstück zum pactum displicentiae (oben S. 36) und sei eine uneigentliche Resolutivbedingung (oben S. 33). Letzterer, ein Anhänger der Vorvertragstheorie äußert sich dahin, daß die meist auf das pactum de retrovendendo bezogenen Stellen von der „Nebenberedung", durch welche der Verkäufer sich die Restitution des Kaufobjektes auf den Fall ausbedingt, daß er dem Käufer den Kaufpreis wieder anbieten werde, und welche sehr

1) S. 13.
2) S. 13 n. 1.
3) S. 7.
4) S. 73.

uneigentlich auch pactum de retrovendendo genannt wird" sprechen.

Diese Ansicht ist leicht verständlich, und sie wäre richtig, wenn es wirklich keine andere Konstruktion des Wiederkaufsrechts gäbe. Die Frage ist nun, auf welche Quellenstellen eine solche eventuell zu bauen wäre. Blicken wir zurück auf die bisherigen Untersuchungen, so finden wir, daß es immer die l. 12 D. de praescr. verb. 19,5 und die l. 2 C. de pact. int E. et. V. comp. 4,54 sind, welche zu der jeweils behandelten Konstruktion nicht passen wollen. Daraus ergibt sich einerseits, daß das Geschäft, von welchem in ihnen die Rede ist, von besonderer Art sein muß, andererseits, daß man bei dem Versuch, es zu erklären, seine juristische Natur zu ergründen, sich auf sie zu beschränken hat. Und auf dieser Grundlage werden wir im Folgenden die Frage nach der juristischen Natur des Wiederkaufsrechts zu beantworten versuchen. Die zitierten Kapitel aus dem corpus iuris canonici sollen gleichfalls herangezogen werden, ohne daß wir ihnen aber ausschlaggebende Bedeutung beimessen. Zu den bisher erwähnten Theorien paßten sie nicht wie wir gesehen haben.

§ 4.

Richtige Ansicht: Der Wiederkauf ein suspensiv bedingter zweiter Kauf.

Die l. 12. D. 19,5 und l. 2. C. 4,54 betreffen folgenden Tatbestand. A. und B. haben mit einander einen Kaufvertrag abgeschlossen; dieser ist beiderseits erfüllt worden. Gleichzeitig aber ist vereinbart und zwar

in einem besonderen pactum, daß der Käufer B. dem A. für einen gewissen Preis dasselbe Objekt restituere bezw. transcribere d. h. zurückgeben soll. Ob diese Verpflichtung überhaupt bezw. wann sie aktuell werden soll, hängt von dem freien Willen des Verkäufers ab. Denken wir uns nun die in dem pactum enthaltene Nebenberedung selbständig, losgelöst von der Beziehung zu dem vorangegangen Kauf. Dann lautet sie: „B. verpflichtet sich dem A. auf dessen Verlangen eine bestimmte Sache zu dem und dem Preise zu übergeben." Ist das ein Vorvertrag? Nein, müssen wir sagen, denn alle Punkte des angeblich erst abzuschließenden Vertrages sind bereits endgültig festgesetzt, und die Personen der Kontrahenten stehen gleichfalls endgültig fest.[1] Also ist es ein bedingter Hauptvertrag, dessen Wirksamwerden von der in das Belieben des Berechtigten gestellten hierauf bezüglichen Erklärung abhängt. Es fragt sich noch, welcher Art dieser Vertrag ist. Der Gegenstand soll endgültig übergeben d. h zu Eigentum übertragen werden. Folglich ist es ein Kaufvertrag. Mithin können wir unter jener Voraussetzung das erwähnte Abkommen als Kauf unter einer potestativen Suspensivbedingung bezeichnen. Ändert sich nun der Charakter dieses Vertrages dadurch, daß er zu einem vorangegangenen Kauf in Beziehung steht? Sehen wir von der Bezeichnung als pactum ab, so müssen wir das verneinen. Es tritt nur eine Vereinfachung des Inhalts ein, insofern, als dieser ganz kurz durch den Hinweis auf die bezüglichen Bestimmungen des ersten Geschäfts ausgedrückt wird. Die Änderungen sind also nur redaktioneller Art,

1) Degenkolb S. 22.

wenn man so sagen darf. Auffällig möchte nun vielleicht erscheinen, daß die Vereinbarung pactum genannt wird, obwohl sie ein gewöhnlicher Kauf ist. Indes das rechtfertigt sich eben aus dem Verhältnis, indem sie zu dem früheren contractus emtionis venditionis steht; denn ohne letzteren ist sie in ihrer einfachen Gestalt nicht denkbar, weil sie sonst inhaltslos wäre. Alle Essentialien des zweiten Kaufs: Preis, dieser wenigstens in der Mehrzahl der Fälle (unten S. 59 Nr. 6), Gegenstand und Parteien ergeben sich aus dem ersten. Jener wurde meistens nur mit kurzen Worten: ut retrovendatur, ut restituatur, ut transscribatur ausbedungen. Mußte er da nicht zuletzt als eine bloße Nebenberedung erscheinen, die jeder Selbständigkeit ermangelte? So darf es uns also nicht wundern, daß man ihn, der in Wahrheit ein wahrer contractus emtionis venditionis mit allen Merkmalen eines solchen war, als pactum bezeichnete, ja ihn auch nur für ein solches hielt und das Bewußtsein an seine eigentliche Natur verlor. Wir müssen sogar behaupten, daß der Wiederkaufsvorbehalt ganz allgemein und ohne jede Ausnahme als pactum angesehen wurde. Hahn[1] behauptet zwar das Gegenteil unter Berufung auf die Wendung in l. 2 C. c. l. „ut contractus fides servetur." Hier bezieht sich aber contractus auf den ersten Kauf; das pactum nahm an dessen Klagbarkeit teil, aus ihm selbst entspringt keine selbständige actio, und deshalb ist es nur folgerichtig zu sagen, daß dem ersten Kauf Erfüllung gesichert werden soll. Das ergibt sich auch aus einer Betrachtung der gesetzlichen Ent-

1) S. 14.

wickelung, wie wir sie schilderten, und wie sie auch Hahn[1] sich denkt. Die zitierten Worte erinnern an die mancipatio cum fiducia (oben S. 9 ff.) Diese war ein einheitliches Geschäft, und die Klage ging auf Erfüllung desselben überhaupt, nicht blos der auf Rückübereignung gerichteten Abrede, denn hieraus entsprang gar keine actio. Und so soll auch hier dem ganzen contractus genügt werden, in allen seinen Teilen, eben weil er ein einheitliches Ganzes ist; das pactum allein ist nicht selbständig klagbar. Es widerspräche endlich der genauen und vorsichtigen Ausdrucksweise der römischen Juristen, ein Übereinkommen gewissermaßen in einem Atem als contractus und als pactum zu bezeichnen, zumal die Unterschiede zwischen diesen beiden Arten von Verträgen von so einschneidender Bedeutung sind.

Das Geding des Wiederkaufs war also ein pactum. Daraus erklärt es sich auch, daß der Wiederkäufer, obwohl er wirklicher Käufer war, die actio ex vendito oder praescriptis verbis hatte; denn da seine Klage dem contractus entsprang, konnte er nur als Verkäufer vorgehen, und mußte er als solcher die Rechte geltend machen, die ihm seine Wiederkäuferrolle gewährte. Im übrigen vergleiche unten S. 59 ff.

Daß als beiderseitige Verpflichtungen aus dem Wiederkauf nur pretium offerre und restituere bezw. transscribere erwähnt werden, trotzdem auch noch andere Leistungen unter Umständen zu bewirken sind (unten S. 57 ff.), erscheint nicht auffällig. Naturgemäß denken die Parteien zunächst nur an die nächstliegenden Verpflichtungen, und diese erschöpfen sich eben darin. Zudem

1) S. 9.

besteht der alte Kauf fort, und die daraus entspringenden Verbindlichkeiten bleiben unberührt, was bei einer Resolutivbedingung nicht der Fall wäre (§ 3 Nr. 3). Bedenkt man ferner, daß bei unserer Konstruktion die sonstigen Verpflichtungen sich notwendig aus der Natur des Verhältnisses ergeben, so ist ihre Nichterwähnung noch leichter verständlich.

Während beim Kauf der Verkäufer die Ware sonst tradieren muß, soll er sie hier restituieren bezw. transkribieren. Diese sprachlichen Abweichungen sind ohne sachliche Bedeutung und tragen der Beziehung des pactum zum contractus Rechnung. „Man könnte ebenso gut," heißt es bei Krohn,[1] „tradere" sagen; aber weil dem ursprünglichen Verkäufer und jetzigen Käufer die Sache bereits eigentümlich war, bringt das Wort „restituere" dieses Verhältnis zugleich zum Ausdruck." Das ist sehr wahr. Und bezüglich transscribere brauchen wir nur auf das oben S. 12 ff. Gesagte zu verweisen.

Eine gute Stütze hat unsere Auffassung endlich in dem letzten Satz von l. 2 C. 4, 54: „habita ratione eorum, quae post oblatam ex parto quantitatem ex eo fundo ad adversarium pervenerunt." Da der alte Kauf bestehen bleibt, und der neue erst mit der Erklärung des Berechtigten zustande kommt, gebühren ihm erst von diesem Augenblicke an die Nutzungen (vgl. unten S. 58 f.).

Was das kanonische Recht anbetrifft, so ist das in cap. 5 X. c. l. erwähnte Geschäft zweifellos ein Verkauf auf Wiederkauf. Es entspricht in allen Punkten dem in l. 2 C. c. l. behandelten. Ein Gleiches bezüglich des

1) S. 25

cap. 4 X. 3, 21 zu behaupten, erscheint nicht ganz einwandfrei, weil darin die Wendung „si emtio displiceret" vorkommt. Man wird es wohl richtiger auf das pactum displicentiae beziehen. Daß das Wiederkaufsrecht von den kirchlichen Gesetzgebern nicht grundsätzlich verworfen wurde, ist bereits hervorgehoben (oben S. 31 f.).

Nach diesen Darlegungen werden wir das Wiederkaufsrecht definieren als das einseitige Recht des Verkäufers, den im Anschluß an den ersten Kauf zwischen denselben Parteien über dasselbe Objekt abgeschlossenen zweiten suspensiv bedingten Kauf, den Wiederkauf, durch Erklärung gegenüber dem Käufer (Wiederverkäufer) zur Perfektion zu bringen. Das bedarf noch einiger Erläuterungen.

Da ein Wiederkauf nur möglich ist, wenn ein Kauf vorangegangen ist, so ist begriffliche Voraussetzung des Wiederkaufsrechts, daß der erste Kauf perfekt geworden ist Solange das nicht der Fall ist, kann es nur als eventuelles in Betracht kommen, nicht als bedingtes, weil es sich um eine sog. conditio iuris handelt. Andererseits ist nicht erforderlich, daß das frühere Geschäft auch erfüllt ist. Das Recht kann auch vor der Tradition ausgeübt werden. Dagegen möchte man vielleicht einwenden, daß in diesem Falle der Wiederkäufer noch garnicht Eigentümer der Sache geworden ist, und die Geltendmachung des Wiederkaufsrechts mithin bewirkte, daß der Wiederkäufer eine ihm gehörige Sache kauft. Ein solcher Vertrag aber ist nichtig,[1] denn in l. 4 C. de contrah. emt. 4, 38 heißt es: . . . „cum rei propriae emtio non possit consistere," ebenso in l. 45 D. de div. rer. 50, 17:

1) Windscheid II S. 586 n. 6.

„Neque pignus . . . neque emtio suae rei consistere potest" und in l. 16 D. de contrahenda emtione 18, 1; „Suae rei emtio non valet, sive sciens sive ignorans emi." Im Interesse der Parteien darf man aber in unserem Falle eine Ausnahme gestatten, denn der Verkäufer kann sein Recht sofort nach der Übergabe ausüben, und wenn das seine Absicht ist, wird man sie für entbehrlich erklären müssen. Sie wäre ja nur eine Belästigung der Kontrahenten.[1] Und ferner kommt der Fall so selten vor, daß es uns nicht Wunder nehmen kann, wenn die Quellen ihn garnicht berücksichtigen. Wenn man jedoch durchaus keine Abweichung zulassen will, so mag man ein constitutum possessorium der Wiederkaufserklärung als vorangehend annehmen.

Fraglich erscheint aber endlich, ob nicht die ratio legis eine Beschränkung jener Bestimmung auf den eigentlichen Kauf erheischt, diese auf den Wiederkauf mithin nicht zu erstrecken ist. Das dürfte zu bejahen sein. Ganz entschieden zu weit geht Hahn mit seiner Behauptung,[2] unsere ganze Theorie beruhe auf einer Ausnahme von dem Satze, daß niemand seine eigene Sache kaufen kann. Denn erstens kann das Geding auch getroffen werden, nachdem der Kauf erfüllt und der Käufer Eigentümer geworden ist (oben S. 8), sofern nur die Absicht der Parteien auf eine Ergänzung des contractus emtionis venditionis gerichtet ist. Und ferner wird es in den meisten Fällen nach dem Willen der Kontrahenten dem Verkäufer nur ein bedingtes Recht gewähren; bedingt nämlich durch den Übergang des Eigentums auf den

1) ebenso Schütze S. 64.
2) S 48.

Käufer. Daß es trotzdem vor Erfüllung der Bedingung ausgeübt werden kann, hat seinen Grund in Zweckmäßigkeitsrücksichten. Die ganze Streitfrage erledigt sich, und man braucht keinerlei Ausnahmen zu begründen, wenn man sagt, daß das Wiederkaufsrecht, solange der Verkäufer noch nicht erfüllt hat, ein Rücktrittsrecht für letzteren in sich enthält. Das entspricht den tatsächlichen Verhältnissen am meisten.

Nach l. 2 C. c. l. muß der Berechtigte pretium offerre. Anderenfalls ist seine Erklärung nichtig. Er braucht es aber nicht ausdrücklich zu tun, sondern es genügt, wenn seine Bereitwilligkeit zu zahlen aus den Umständen hervorgeht. Realoblation ist nach der herrschenden Meinung nicht erforderlich.[1] Die Praxis hat sich zum Teil auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt,[2] aber mit Unrecht, denn die Quellen enthalten nichts, was ihn begründet. L. 12 D. 19,5 möchte eher dagegen sprechen, weil die Verpflichtung der Frau „fundum eodem pretio transscribere" eintritt „si ipse vellet", also auf Grund der bloßen Erklärung des Mannes.

In der Literatur ist die juristische Natur des Wiederkaufsrechts bisher nur von wenigen ebenso wie von uns bestimmt worden. So sagt v. Savigny,[3] daß die retrovenditio einen zweiten suspensiv bedingten Nebenvertrag auf Rückveräußerung in sich birgt. Windscheid[4] gibt die Möglichkeit zu, „daß die Parteien einen

1) Bechmann S. 533 Nr. 3.

2) Erk. d. O.A.G. zu Celle, mitgeteilt in Seufferts Archiv. VII S. 195 Nr. 36.

3) S. 155 n. O.

4) II S. 600 n. 7.

bedingten Kaufvertrag gewollt haben, d. h. es wird jetzt sogleich rückverkauft unter der Bedingung, daß der Verkäufer im ersten Kaufvertrag es wollen sollte. Ein solcher Vertrag ist in seinem praktischen Ergebnis von dem Vertrag auf Rückverkauf nicht verschieden (siehe oben S. 24). Es muß dahingestellt bleiben, ob nicht die l. 12 D. 19,5, l. 2 C. 4,54 eher in diesem Sinne zu verstehen sind, als in dem Sinne eines pactum de retrovendendo". Nach Vangerow[1] ist „jener Nebenvertrag im Grunde nur ein gewöhnliches Kaufgeschäft, dessen Realisierung der Willkür des Käufers (d. h. des Verkäufers im Hauptvertrage) überlassen ist". Thon[2] äußert sich fast wörtlich ebenso. Mit Wangemann darf man wohl behaupten, daß die beiden letztgenannten einen zweiten suspensivbedingten Kauf annehmen. Demelius[3] meint allerdings, daß sie zwei unbedingte und unbetagte Kaufverträge konstruieren, und das sei ein Unding. Dernburg spricht sich bei der Lehre vom Wiederkauf nur dahin aus, daß dieser ein „neues Geschäft" ist.[4] Daraus ist nicht viel zu entnehmen.[5] Sehr treffend schreibt Goldschmidt[6] (vergl. aber oben S. 36): „So finden wir namentlich das vorbehaltene Wiederkaufsrecht zugunsten des Verkäufers (pactum de retrovendendo), welches den letzteren in dieselbe Lage bringt wie den Kauflustigen in unserem Fall (dem suspensivbedingten Kauf): Der Verkäufer ist berechtigt

1) S. 228 ff.
2) S. 3 n. 3.
3) S. 195.
4) Pandekten II S. 261.
5) vergl. v. Wangenheim S. 12.
6) S. 272 f.

(zurück)zukaufen, der Verkäufer verpflichtet eventuell (zurück)zuverkaufen — in der Tat dasselbe Institut, nur dadurch ausgezeichnet, daß es in Beziehung zu einem vorangehenden Kauf steht. Ferner enthält nach Unger[1] (oben S. 24) die l. 2 C. 4,54 „nicht ein eigentliches pactum de retrovendendo, sondern einen wirklich suspensivbedingten Verkauf auf Rückgabe der verkauften Sache". Es mag unentschieden bleiben, ob er mit diesen Worten zugunsten unserer oder der Einlösungstheorie (§ 3 Nr. 6) spricht. Ersteres ist wahrscheinlicher. In neuester Zeit haben Enneccerus und Lehmann,[2] Krohn,[3] Wangemann[4] und Hahn[5] die Theorie vom suspensivbedingten Kauf vertreten.

§ 5.

Zur Terminologie des Wiederkaufsrechts.

Wenden wir uns nach dem Gesagten der Terminologie des Wiederkaufsrechts zu, so müssen wir vor allem den Ausdruck „pactum de retrovendendo" zurückweisen. Der Gegenstand ist schon verkauft und das Gerundiv deutet immer an, daß etwas erst geschehen soll.[6] Er ist nur vom Standpunkte der Vorvertragstheorie aus zu billigen. Die Bezeichnungen „venditio fiduciaria" und „pactum reluendi" beruhen auf der Verwechselung des Verkaufs auf Wiederkauf mit der fiducia. Quellen-

1) 381 n. 11.
2) S. 618 n. 1.
3) S. 23.
4) S. 39, S. 32, im Anfang des 3. Abs. widerspricht er aber sich selbst.
5) S. 33.
6) Schütze S. 10, Göppert S. 407.

mäßig ist allein „pactum transscribendi“ und „pactum de re restituenda“. Das Wesen der Sache treffen sie aber nicht. Die gleiche Schwäche haftet den gemeinrechtlichen Ausdrücken „pactum recipiendi, reciperandi, redimendi“ an. Am ehesten zu empfehlen sind „Wiederkaufsrecht“ und dessen wörtliche Übersetzung „ius retrovenditionis“. Aber auch bei ihnen muß man sich bewußt bleiben, daß es sich nicht darum handelt, den Wiederkauf erst abzuschließen, sondern nur darum, ihn zur Perfektion zu bringen.

§ 6.

Wirkungen des Wiederkaufsrechts.

Dem Verständnis unserer Frage wird wesentlich damit gedient sein, wenn wir uns kurz mit den Wirkungen des Wiederkaufsrechts befassen (vgl. oben S. 9).

1. Das Wiederkaufsrecht ist ein obligatorisches Recht, da es sich nur um einen Kauf handelt. Deshalb wirkt es nur gegen den Verpflichteten. Da dieser Eigentümer der Sache ist, kann er frei darüber verfügen, sie weiter veräußern und dinglich belasten. Auch wenn dem Dritten das Wiederkaufsrecht bekannt ist, wird er nicht schadensersatzpflichtig.[1] Andererseits ist das Recht des Wiederkäufers nicht davon abhängig, daß ein anderer mit dem Käufer einen Kaufvertrag über den Gegenstand schließt. Dadurch unterscheidet es sich vom Vorkaufsrecht. Weitere Unterschiede sind: Dieses kann auch ohne Beziehung zu einem vorangegangenen Kauf ausbedungen werden, jenes ist begrifflich ohne solchen nicht denkbar; bei letzterem

1) Schütze S. 30f., Wangemann S. 42f.

steht der Inhalt beider Verträge von vornherein fest, bei ersterem ist er ungewiß; hier kann das Recht nur in einem ganz bestimmten Augenblick ausgeübt werden, dort in Ermangelung gegenteiliger Abmachungen jederzeit.[1] Diese Verschiedenheiten sind in Litteratur und Praxis nicht immer genügend beachtet worden. So nennt Schütze das Vorkaufsrecht „eine besondere Art des pactum de retrovendendo".[2] Und in einem Erkenntnis des obersten L.G. für Baiern vom 15. Oktober 1883[3] heißt es: „Das Vorkaufsrecht ist auch ein Rückkaufsrecht im allgemeinen Sinne . . . . . Im Rückkaufsrecht ist das Vorkaufsrecht enthalten und wird dem Verkäufer durch dasselbe nur eine größere Befugnis als durch das letztere eingeräumt; denn wenn er innerhalb der bedungenen Zeit jederzeit den Rückkauf verlangen kann, so steht ihm diese Befugnis auch dann frei, wenn der Käufer die Sache weiter veräußern will".

2. Da der Wiederkäufer bereits bedingt berechtigt ist, darf der Käufer sein Recht nicht vereiteln oder beeinträchtigen.[4] Tut er es dennoch, so hat er ihn zu entschädigen.[5] Rechte Dritter muß er in erster Linie zu beseitigen trachten.[6]

3. Der allgemeinen Regel von der Vererblichkeit der Vermögenrechte folgt auch das Wiederkaufsrecht[7]

---

1) Wangemann S. 32, Krohn S. 37 Nr. V.

2) S. 40.

3) mitgeteilt in Seufferts Archiv N. F. Bd. 9 Nr. 100; auch bei v. Wangenheim S. 24.

4) Windscheid I S. 369 f.

5) Schütze S. 45 b.

6) Wangemann S. 42 f.

7) Wangemann S. 44, Schütze S. 32 ff., Krohn S. 45.

Ein Urteil des O.A.G. zu Dresden vom 7. Februar 1856 [1] stellt zu Unrecht eine allgemeine Vermutung gegen die Transmissibilität des Wiederkaufsrechts auf.

4. Es ist übertragbar und pfändbar, sofern es nicht als ins personalissimum ausbedungen ist, [2] was in dem Urteil des O.A.G. zu Celle [3] wohl mit Unrecht angenommen wird. Auf diesem Standpunkt steht auch das Reichsgericht. [4]

5. Macht der Verkäufer von seinem Recht Gebrauch, so wird der Kauf perfekt. Er hat den Kaufpreis zu zahlen, und der Gegner hat die Sache in dem Zustande, wie sie sich gerade befindet, herauszugeben. Fortan gelten die gewöhnlichen Regeln vom Kauf. Hinsichtlich der Zeit zwischen Kauf und Zustandekommen des Wiederkaufs ist Folgendes zu beachten. Die Früchte gebühren dem Wiederkäufer erst von der Zeit der Perfektion an entsprechend der allgemeinen Regel. [5] Andererseits trägt er die Gefahr zufälliger Verschlechterung schon vor der Perfektion, [5] während gänzlicher Untergang der Sache die Ausübung des Rechts unmöglich macht. Insofern trägt der Käufer den Schaden. [5] So heißt es auch in l. 8. pr. D. de peric. et commod. rei vend. 18,6: Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio; tunc enim sciemus, cuius periculum sit; nam perfecta

1) Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung S. 368 ff.
2) Schütze S. 37, Krohn S. 45, Wangemann S. 44.
3) Seufferts Archiv Bd. 7 Nr. 181.
4) Entscheidung vom 13. X. 1893 im 10. Band der Entscheidungen S. 220.
5) Windscheid II S. 619b, Dernburg Pandekten II S. 265, v. Scheurl S. 201.

emtione periculum ad emtorem respiciet. Quodsi sub conditione res venierit . . . . . sane extet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnun emtoris."

6. Welcher Preis ist zu zahlen, wenn ein solcher nicht vereinbart ist?[1] Nach Koch[2] liegt ein pactum de retrovendendo in diesem Falle überhaupt nicht vor, weil es an einem Essentiale des Kaufes fehlt. Dem ist nicht beizupflichten. Da die Parteien, so müssen wir von unserem Standpunkte aus folgern, den Wiederkauf unmittelbar nach dem Kauf abschließen, so ist natürlich, daß sie dabei den gleichen Preis vereinbaren. Dieser gilt daher im Zweifel auch für den Wiederkauf. Krohn[3] erklärt sich für den Taxpreis.

7. Aufwendungen sind zu ersetzen, soweit der Wert der Sache zur Zeit der Ausübung des Rechts erhöht ist. Die Frage ist sehr bestritten.[4] Ist der Schätzungswert als Wiederkaufspreis festgesetzt, so ergeben sich keine Schwierigkeiten.

8. Die Parteien sind verpflichtet, Zug um Zug zu erfüllen.

9. Der Berechtigte hat die actio ex vendito und die actio praescriptis verbis oder in factum.[5] Das entspricht der Regel und unterliegt angesichts des klaren Ausspruchs unserer Quellen keinem Zweifel. Die pacta nehmen an der Klagbarkeit ihres cantractus Teil.[6] Deshalb hat er die actio venditi (oben S. 48 f.).

1) Schütze § 9 S. 38 ff.
2) Recht der Forderungen S. 254, Kommentar S. 791 n. 4.
3) S. 69.
4) Schütze S. 41 ff, Krohn S. 54 ff.
5) Schütze S. 31 f. § 6.
6) Puchta Institutionen II. S. 366.

Andererseits bestimmt l. 6 C. de rer. permut. 4,64[1]: Rebus certa lege traditis, si huic non pareatur, praescriptis verbis incertam civilem dandam actionem, iuris auctoritas demonstrat.“ Hiernach und weil eine Bedingung garnicht vorliegt, erweist sich Kochs Interpretation als ganz überflüssig und unzutreffend. Er meint nämlich,[2] in l. 12. D. c. l. habe Proculus[3] die actio in factum deshalb gegeben, weil durch den Eintritt der Bedingung der Kontrakt aufgelöst wurde und der Jurist glaubte, daß in solchem Falle die Kontraktsklage nicht mehr gebraucht werden könne, während Massurius Sabinus, der später lebte,[4] und mit diesem der Kaiser Alexander in l. 2 C. 4,54 nicht die Obligation erlöschen ließen, sondern nur den Verkäufer liberieren wollten und ihm deshalb beide Klagen wahlweise gestatteten. Letzteres ist vielmehr allein den allgemeinen Regeln entsprechend. Daß in l. 12 D. de prascr. verb. nur die actio in factum erwähnt wird, dürfte am einfachsten damit zu erklären sein, daß hier dem Wiederkaufsgeding eine größere Bedeutung und Selbständigkeit beigemessen wurde, als in der anderen Stelle. Darauf deutet auch die eigentümliche Ausdrucksweise hin: „Nicht „in conditione convenit, ut mulier transscriberet viro“ oder einfach „ea lege“, sondern „in venditione comprehensum est convenisse inter eos, ut u. s. w.“ Deshalb wird die Nebenredung auch nicht als lex oder pactum bezeichnet. Und vielleicht gar waren zur Zeit des Proculus noch nicht alle Bedenken gegen

1) Seufferts Archiv Bd. 2 Nr 177 (Erk. d. O.A.G. zu Dresden).
2) Recht der Forderungen S. 252 f.
3) der unter Claudius lebte.
4) unter Nero.

die Unterstellung des Wiederkaufsvorbehalts unter den Begriff des pactum überwunden (vgl. oben S. 48 f.). Jedenfalls läßt sich daraus kein Gegensatz bezüglich der Art des in den beiden Stellen erwähnten Vorbehalts herleiten.

Die Klagen gehen[1] auf Erfüllung, nicht auf das Interesse. Mit letzterem wäre dem Wiederkäufer nicht gedient, und seine Lage würde verschlechtert, indem er den Betrag des Interesses zu beweisen hätte.

10. Lebhafter Streit herrscht über die Frage der Verjährung.[2] Angesichts der Regelung dieses Punktes im BGB. und im Entwurf ist sie auch heute noch von besonderem Interesse (vgl. unten S. 80 f.).

Ist eine Frist für die Ausübung des Rechts festgesetzt, so endet es mit deren Ablauf. Die Verjährung kann dann nur bezüglich der durch die rechtzeitige Ausübung entstandenen Ansprüche Platz greifen. Die Frist kann auch auf mehr als 30 Jahre bemessen werden. Dagegen ist eine Abmachung, daß das pactum de retrovendendo „in perpetuum", „für alle Zeiten" gelten soll, nicht verbindlich, weil sie den öffentlich rechtlichen Zweck des ganzen Verjährungsinstituts vereiteln würde. Dem widerspricht auch nicht der Ausdruck „quandocumque" in l. 2 C. c. l. Dies steht im Gegensatz zu „intra certa tempora" und soll ausdrücken, daß die Erklärung innerhalb der dreißigjährigen Verjährungszeit jederzeit könne abgegeben werden, nicht blos zu gewissen Terminen oder innerhalb bestimmter Fristen.[3] Berücksichtigt man die

1) Schütze S. 48 ff.
2) Schütze S. 56 ff.
3) ebenso Schütze S. 60.

deutschrechtliche Entwickelung, so muß allerdings die Möglichkeit zugegeben werden, es „auf ewige Zeit" auszubedingen.[1] Indes das gemeinrechtliche Wiederkaufsrecht beruht ganz auf römischer Grundlagen, und deshalb finden die allgemeinen Regeln Anwendung.

Nach der richtigen und heute allgemein anerkannten Meinung erstreckt sich die Verjährung nicht auf das Recht, sondern auf die daraus entspringenden Ansprüche und beginnt demgemäß „ubi actio nata est".[2] „Entstanden aber ist der Anspruch, sobald das Recht dessen Ausdruck er ist, entstanden ist. Der Anspruch ist weiter nichts „als das Recht selbst in seiner Richtung auf die Unterwerfung menschlichen Willens".[3] Das Wiederkaufsrecht „in seiner Richtung auf die Unterwerfung menschlichen Willens" ist das Recht, von dem Käufer die Erfüllung des Wiederkaufs zu fordern. Das aber ist möglich und zulässig, sobald der Verkäufer den Wiederkauf zur Perfektion bringen kann, regelmäßig also, sobald der erste Kauf perfekt geworden ist, ohne daß er bereits erfüllt zu sein braucht. Die heiß umstrittene Frage, wann die Verjährung des Wiederkaufsrechts, genauer gesprochen der Ansprüche daraus, anfängt, beantworten wir mithin folgendermaßen: „Regelmäßig läuft sie von der Perfektion des contractus emtionis an; ist das pactum de retrovendendo selbst bedingt, so beginnt sie nicht vor Erfüllung der Bedingung, in l. 12 D. 19,5 also nicht vor der Ehescheidung."

11. Was ist Rechtens, wenn auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite mehrere beteiligt sind? Der Wieder-

1) Förster S 80 n. 59.
2) Dernburg Pandekten I 1 S. 338 § 146.
3) Windscheid I S. 476 f,

verkäufer hat sich verpflichtet, auf Verlangen den Wiederkauf zu erfüllen. Dieser kann nur eine individuell bestimmte d. h. eine Speziessache zum Gegenstande haben, denn sonst ist es kein Wiederkauf. Es fragt sich daher, ob die Obligation auf Leistung einer Speziessache teilbar ist. Windscheid[1] bejaht diese Frage bezüglich „Verschaffung des Eigentums oder eines anderen teilbaren Rechts an einer teilbaren Sache z. B. einem Grundstück". Demnach ist also das Objekt, welches zu leisten ist, von ausschlaggebender Bedeutung. Ist dieses teilbar und das daran zu verschaffende Recht gleichfalls, so könnte der Wiederkäufer von jedem Schuldner reale Teilleistung fordern. Wenn mehrere Gläubiger vorhanden sind, so kann jeder vom Schuldner fordern, daß er zu seinem Teile an ihn leistet, ohne ihm Sicherheit gewähren zu müssen.

Dernburg[2] kommt auf Grund von l. 72 D. de verb. obl. 45,1 zu einem anderen Ergebnis. „Stipulationes non dividuntur", heißt es dort, „earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae, itineris, actus aquaeductus ceterarumque servitutum; idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel quid huic simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem". Da hierin die Verpflichtung zur Tradition eines Grundstücks für unteilbar erklärt wird, so meint er, daß dies mit jeder Obligation auf Leistung einer Speciessache der Fall ist. Deshalb kann der Gläubiger in jedem Falle von jedem der

1) II S. 15, insbesondere n. 4.
2) Pandekten II S. 71.

mehreren Schuldner nur die ganze Leistung fordern. Mehrere Gläubiger können nur Leistung im ganzen verlangen. Jedoch kann auch jeder von ihnen beanspruchen, daß der Wiederverkäufer ihm allein das Objekt übergibt. Dann muß er aber auf des Letzteren Verlangen Sicherheit leisten, sofern nicht die Leistung allen Gläubigern unmittelbar zugute kommt.[2] Mit Dernburg stimmen Wangemann,[3] Krohn[4] und Hahn[5] überein, im Resultat auch Schütze.[6]

B. Partikularrechte.

§ 7.

Das Wiederkaufsrecht in den Partikularrechten mit Ausnahme des Code civil und des A.L.R.

In den meisten Partikularrechten spiegelt sich die deutschrechtliche Entwickelung wieder. Man sah in dem Verkauf auf Rückkauf lediglich eine besondere Form der Verpfändung. Daher war es nur gebräuchlich, sich den Rückerwerb ausdrücklich gegen Erlegung des bezahlten Kaufpreises vorzubehalten. Daß man auch zum Schätzungswerte wiederkaufen könne, widersprach ja dem Grundsatze des Pfandrechts, daß der Kreditgeber, abgesehen von den Zinsen, an deren Stelle ihm die Nutzungen des Kauf-

1) Pandekten II S. 72. Windscheid II S. 210.
2) Pandekten II S. 71 Windscheid II S. 209.
3) S. 45.
4) S. 42 ff.
5) S. 69.
6) S. 36.

objekts, meist eines Grundstücks, anheimfielen, nicht mehr und nicht weniger zu bekommen habe, als er hingegeben hatte. So darf es uns denn nicht Wunder nehmen, daß die Gesetzgeber den letzteren Fall überhaupt nicht in Erwägung zogen[1]. Auch die Terminologie der Quellen erinnert durchaus an die pfandrechtliche Bedeutung des Instituts. So lautet § 1 in Buch IV. tit. 6 art. 12 des „Revidierten Landrechts des Herzogtums Preußen" von 1685:[2] „Wann liegende oder unbewegliche Güter, und die dafür geachtet, als jährliche Gefälle, Pensiones, Renten und Gülten auf einen freyen Wiederkauff, der dem Käuffer, oder seinen Erben, zu jeder Zeit vorbehalten seyn solle, verkauft werden: So setzen, ordnen und wollen Wir, daß solcher Wiederkauff und Retrovenditio dem Verkäuffer und seinen Erben, wenn sie kommen und mit Erlegung des Kauffschillings, und was der Käuffer zur Erhaltung des gekauften Guts nothwendig ausgelegt und verbessert der Lösung oder des Wiederkauffs begehren, durch Käuffer und seine Erben gütlich und ohne Vorenthalt soll gehalten werden". Auch § 2 desselben Teils spricht von „Wiederlösung".[3] Wie im deutschen Recht (oben S. 20) entsteht die Verpflichtung des Käufers nur bei wirklicher Erlegung des Kaufschillings. Verbaloblation genügt nicht.[4] Auch das verrät die pfandrechtliche Natur des Wiederkaufs. Eine inhaltlich gleiche Bestimmung enthält das „Erneute gemeine Landrecht des Herzogtums Württemberg" von 1610,

1) Gruchot S. 589 n. 2.
2) Gruchot S. 586.
3) Gruchot S. 607.
4) Förster S. 79 n. 46.

Teil II Titel 12 § 1:[1] „So der Verkäuffer in einer benannten Zeit, oder wann er will, den Kauffschilling wieder erlege, daß ihme alsdann das kauffte Gut umb denselbigen wider verkaufft und eingeraumt werden solle", und besonders klar das „Churf. Maynzische L. R." von 1755 Tit. 26 § 4:[2] „Es ist auch nicht genug, daß sich der Einlöser in termino melde, und zur Erlegung des Kauffschillings sich nur mit bloßen Worten anerbiete, sondern er muß das gantze Capital auf einmahl zahlen, oder, da der Käuffer es anzunehmen sich weigerte, das Geld gleych bey Gericht völlig deponiren". Eben dieses Gesetz spricht in Titel 26 §§ 3, 5[3] von „Lösungsrecht" „einlösen" und „Wiedereinlösen". Dagegen stellt das Dithmarsche Land-Recht von 1567 art. 73 pr.[4] nicht das Erfordernis der Realoblation auf, trotzdem es sich auch des Ausdrucks „lösen" bedient: „Verkofft ener Acker, Hueß, Hoff, Wurth und dergleyken unbewechlyke Güder, und behold sick vor, dat he und syne Erben, solck Guht umme dat Koepgeld, darümm yt verkofft werd, wennehr yt ehme effte syne Erven gelevet, tho lösen, edder wedder tho kopen mächtig syn willen, so macht der Verköper und syne Erben, in wat Tyden ehnen gelebet, yt sy kort effte lang darnach, vör sodahnen summen Geldes, dat Guht wedderum kopen und an sick bringen. Und kann dem Verköper effte synen Erben nene Verjahrung tho Schaden, effte Verhindering gereken". Der Gesetzgeber scheint hier ebenso wie im Revid. LR. des Herzogt.

1) Gruchot S. 586.
2) Gruchot S. 602 n. 2
3) Gruchot S. 605 n. 1, S. 607.
4) Gruchot S. 607.

Preußen, weil er „lösen“ und „wedderkopen“ in Gegensatz stellt, an beide Fälle gedacht zu haben, die möglich sind: daß der Verkauf auf Wiederkauf bald ein verdecktes Darlehn ist, bald etwas anderes. Sie werden aber beide gleich behandelt. — Im Codex Maximilianeus Bavaricus civilis, Th. IV. Kap. 4 § 15 [1] begegnen uns die Worte „Wiederlösung“, „reluierlichen Sachen“ und „Wiederkaufsrecht“.

Die Quellen gebrauchen also „lösen“ und „wiederkaufen“ als gleichbedeutend. Eben daraus müssen wir schließen, daß das Bewußtsein von dem ursprünglich pfandrechtlichen Charakter des Kaufs mit Vorbehalt des Wiederkaufs sich im Volke lebhaft erhalten hatte. So erklärt es sich denn auch, daß die meisten Gesetze gerade beim Wiederkauf besondere Bestimmungen für den Fall trafen, daß Contractus pigneratitius „nur in fraudem legis mit Worten verkleistert und zum bloßen Schein in andere Handlungen eingekleidet wird“.[2] Auch darin wirkte das deutsche Recht nach, daß vielfach nur bei Immobilien ein Wiederkaufsrecht anerkannt wurde.

Aber unter dem Einflusse der Rezeption erlitten die einheimischen Rechtsgedanken dennoch eine einschneidende Umgestaltung. Nach deutschem Recht war der Vorbehalt des Wiederkaufs eine in das Belieben des Berechtigten gestellte Resolutivbedingung mit dinglicher Wirkung (oben S. 20). Dieser Standpunkt wurde fast allgemein aufgegeben. Das bayrische Landrecht ist ganz der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts gefolgt und erblickt darin im Zweifel ein pactum de contrahendo

1) Gruchot S. 607 f.
2) v. Kreittmayer IV 271.

zu Gunsten des Verkäufers. Die Parteien können ihm aber auch eine andere Gestaltung geben.[1] So dürfte es sich auch mit dem württembergischen Landrechte verhalten. Dem dithmarschen Landrechte entspricht vielleicht eher die Annahme eines obligatorisch wirkenden Einlösungsanspruchs. Dagegen kann der Wiederkauf nach dem Rev. preußischen L.R. nur als zweiter suspensiv bedingter Kauf konstruiert werden.[2] In den meisten Partikularrechten aber finden wir infolge der Vermengung deutscher und römischer Rechtsgedanken Vorschriften, die sich schlechterdings nicht von einem einheitlichen Gesichtspunkte aus erklären lassen.

Von den neueren Kodifikationen steht das österreichische BGB., wenn auch nicht ganz so doch vorwiegend auf deutschrechtlichem Standpunkte. Danach ist das Wiederkaufsrecht zwar nicht eine auflösende Bedingung, sondern ein obligatorisches Recht auf Rückforderung der Sache gegen Zahlung der Einlösungssumme oder, wie Unger[3] sich ausdrückt, „ein Recht auf Restitution der Sache gegen Rückgabe des Preises". Diese Ansicht ist aber nicht unbestritten. Der alte Kaufvertrag bleibt bestehen, nur wird er in seinen Wirkungen modifiziert; ein neuer Vertrag kommt nicht zustande. § 1068: „Das Recht, eine verkaufte Sache wieder einzulösen, heißt das Recht des Wiederkaufs. Ist das Recht dem Verkäufer überhaupt und ohne nähere Bestimmung eingeräumt, so wird von einer Seite das

1) v. Kreittmayer II S. 618, auch bei Gruchot S. 586 n. * citiert.

2) v. Kreittmayr IV. 271 f Nr. 2.

3) Gruchot S. 585 f. will auch hier ein pactum de contrahendo konstruieren.

Kaufstück in einem nicht verschlimmerten Zustande, von der anderen Seite aber das erlegte Kaufgeld zurückgegeben."[1] Das ist dieselbe Auffassung, die Degenkolb schon für das gemeine Recht vertrat (oben S. 43). Inkonsequent aber fährt § 1068 fort: „die inzwischen beiderseits aus dem Gelde und der Sache gezogenen Nutzungen bleiben gegeneinander aufgehoben".[2] Das ist überflüssig, denn da der Kaufvertrag nicht aufgehoben wird, sondern nur neue Verbindlichkeiten aus ihm entstehen, sobald der Verkäufer von seinem Rechte Gebrauch macht, so braucht von gewissen Wirkungen nicht speziell hervorgehoben zu werden, daß sie fortdauern. Das Recht ist auf Immobilien beschränkt (§ 1070).

Nach dem sächsischen B.G.B. § 1131 verpflichtet das Wiederkaufsrecht den Käufer, „dem Verkäufer auf dessen Verlangen die gekaufte Sache wiederkäuflich abzutreten." Wir finden hier die von uns für das gemeine Recht als richtig erkannte Meinung wieder. „Wiederkäuflich abtreten" heißt nichts anderes als „auf Grund eines neuen Kaufvertrags übertragen" Daß aber dieser nicht erst abgeschlossen werden soll, sondern als bereits vorhanden vorausgesetzt wird, daran läßt die Wortfassung keinen Zweifel. Dem steht nicht entgegen, daß nach § 1132 „die Verbindlichkeiten beider Teile nach den für Kauf mit Vorbehalt der Reue in § 1109 gegebenen Vorschriften zu beurteilen sind." Denn damit ist über die rechtliche Natur des Wiederkaufsrechts nichts gesagt, sondern nur eine Wiederholung inhaltlich gleicher Rechtsregeln vermieden. Durch die verschiedene Stellung im

1) S. 381 n. 11.
1) Gruchot S. 590.
2) Gruchot S. 592b.

System und durch Aufstellung einer Reihe von Sondernormen bekundet der Gesetzgeber am besten, daß er beide Institute nicht als identisch ansieht. Die Motive zum deutschen BGB.,[1] Siebenhaar[2] und Arthur Kohler[3] vertreten die Theorie vom resolutiv bedingten Kauf (§ 3 Nr. 3).

Recht wenig läßt sich mit § 1461 des „Privatrechtlichen Gesetzbuchs für den Kanton Zürich" anfangen: „Behält sich der Verkäufer vor, die verkaufte Sache wieder einzulösen, so ist im Zweifel als die Meinung der Kontrahenten anzunehmen, der Verkäufer könne die Sache zu demselben Preise zurückkaufen, welchen er dafür erlöst hat".[4] Wenn man hiermit noch § 1463 vergleicht, worin es mit sehr anerkennenswerter Deutlichkeit heißt: „Der Wiederkauf ist ein neues Kaufgeschäft, welches nach dem früheren Verkauf bemessen wird, nicht aber diesen ungeschehen macht," so wird man sich zu derselben Meinung bekennen müssen, die wir für das gemeine Recht vertraten, daß nämlich der Wiederkauf ein neuer suspensiv bedingter Kauf ist.

Unzweideutige Anerkennung hat die Vorvertragstheorie in Art. 79 des Großherzogl. Hessischen Entwurfs gefunden:[5] „Die einem Verkaufe beigefügte Nebenberedung, wonach der Käufer den Kaufgegenstand später dem Verkäufer, auf dessen Verlangen, wieder zurückverkaufen soll (der Vorbehalt des Rückkaufsrechts), gilt nur als ein den

1) Mugdan S. 189 n. *
2) S. 246 n. zu § 1131.
3) S. 99 f.
4) Gruchot S. 590.
5) v. Wangenheim S. 10, Gruchot S. 588 n. 1.

späteren Rückkauf vorbereitender Vertrag und ist nach den darüber geltenden Vorschriften zu beurteilen." Auch die Motive zum Bayrischen Entwurf vertreten sie[1] Nach dem Dresdener Entwurf war, wie die Motive zum deutschen BGB. hervorheben,[2] der Wiederkauf ein unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Verkäufer den Rückkauf verlangen werde, geschlossener Rückkauf.

§ 8.

Das Wiederkaufsrecht des A. L. R.

Nach dem preußischen ALR. ist das Wiederkaufsrecht eine Resolutivbedingung, deren Erfüllung in das Belieben des Verkäufers gestellt ist.[3] Das entspricht der Tatsache, daß seine Bestimmungen im allgemeinen auf deutschrechtlicher Grundlage beruhen.[4] Nur so läßt sich die Vorschrift I 11 § 297 verstehen: „Bei Ausübung des Wiederkaufs werden, wenn nicht ein anderes verabredet ist, die Nutzungen oder der Gebrauch der verkauften Sache und die Zinsen des dafür bedungenen Kaufpreises gegen einander aufgehoben" Würde der Kaufvertrag bestehen bleiben, so wäre eine solche besondere Anordnung unverständlich.[5] Trotzdem haben Gruchot[6] und Bornemann[7] in Übereinstimmung mit der Praxis das Wiederkaufsrecht

1) Gruchot S. 388 n. 2, Wangenheim S. 10.
2) Mugdan S. 189 n. **
3) v. Wangenheim S. 9, Arthur Kohler S. 93 f.
4) Förster S. 79 n. 46, Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 5 S. 201.
5) Koch Kommentar S. 792 n. 6, Recht der Forderungen S. 250, v. Wangenheim S. 9.
6) S. 586, 590.
7) S. 49.

zu einem pactum de contrahendo gestempelt. So heißt es in der Begründung eines Urteils des Ober-Tribunals vom 21. November 1864:[1] „Der App.-Richter hat .... die Natur und den wesentlichen Charakter eines stipulierten Wiederkaufsrechts verkannt, indem er darin eine Resolutivbedingung des Kaufvertrages, § 114 I 4 A. L. R., findet. Die Stipulation des Wiederkaufsrechts läßt keineswegs, wenn von derselben Gebrauch gemacht wird, die Wirkung des Kaufvertrages wieder aufhören, sondern gibt dem Verkäufer das Recht auf ein neues obligatorisches Verhältnis, nämlich darauf, daß der Käufer ihm dieselbe Sache wieder für den im Voraus verabredeten Wiederkaufspreis oder den vorigen Preis verkaufe. Die Stipulation des Wiederkaufs ist ein eigener Nebenvertrag, nicht eine auflösende Bedingung des Kaufvertrags." Krohn[2] will darin ebenso wie für das gemeine Recht den Abschluß eines zweiten suspensiv bedingten Kaufvertrages sehen. Beweise führt er aber nicht an. Da er selbst die Vorschrift des § 297 als eine positive Ausnahme bezeichnet, verdient unsere Meinung den Vorzug, denn mit ihr harmonieren die einzelnen Bestimmungen. Nach § 308 soll dem deutsch-rechtlichen Gedanken zufolge das Recht nur bei barer Zahlung des Wiederkaufspreises ausgeübt werden können. Auch diese Bestimmung wird in einem letztinstanzlichen Erkenntnis vom 19. Mai 1873[3] dahin interpretiert, daß nur eine Verpflichtung zur Erfüllung Zug um Zug besteht. Diese de lege ferenda zweifellos

1) Rehbein Entscheidungen S. 138 f., Rönne S. 780, v. Wangenheim S. 9, Koch Kommentar S. 791 n. 3, Gruchot S. 586 n *

2) S. 33.

3) Rehbein Entscheidungen S. 142, vergl. Förster S. 79 n. 46.

richtige Auslegung ist eine Vergewaltigung des klaren Gesetzestextes. Der Wiederkäufer braucht den Wiederkaufspreis nur insoweit zu zahlen, als er selbst den Kaufpreis erhalten hat.[1] Im Zweifel erlischt das Recht mit dem Tode des Berechtigten, wenn es nicht für bestimmte Zeit oder auf immer vorbehalten ist. Bei Grundstücken kann es dinglich gestaltet werden[2] (§ 204 AVA., § 12 Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872).

§ 9.

Das Wiederkaufsrecht des Code civil.

Am reinsten haben sich die deutschen Rechtsgedanken im Code civil erhalten. Nach art. 1659 ist das Wiederkaufsrecht, la faculté de rachat ou de réméré, . . . un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal, et le remboursement dont il est parlé à l'art. 1673. Es ist also ein persönliches Recht; jedoch wirkt es nach Art. 1664 gegen jeden dritten Erwerber:[3] „Le vendeur à pacte de rachat peut exercer son action contre un second acquéreur, quand même la faculté de réméré n'aurait pas été déclarée dans le second contrat." Das ist eine Ausnahme von dem Grundsatz des art. 1165, daß Verträge nur unter den Kontrahenten Rechte und Pflichten erzeugen. Nach Zachariae,[4] Sirey-Gilbert,[5] Marcadé[6] und

1) Entscheidung des 4. Senats des Reichsgerichts vom 30. Mai 1881, mitgeteilt bei Rönne S. 780, Koch Kommentar S. 793 n. 12.
2) Förster S. 81 n. 64.
3) Zachariae II S. 504 n. 10.
4) II S. 504.
5) S. 795 n. 4 zu art. 1664.
6) S. 302.

Laurent[1] ist sie aber nur auf Immobilien zu erstrecken. Bei beweglichen Sachen nämlich kann der dritte Besitzer nur dann belangt werden, wenn er mala fide, d. h. in Kenntnis des Rechts des ersten Verkäufers erwirbt,[1] weil art 2279 die allgemeine Regel aufstellt: „En fait de meubles, la possession vaut titre",[2] d. h. wenn jemand ein Fahrnisgut besitzt, so wird allein auf Grund seines Besitzes, sofern er nicht fehlerhaft erscheint,[3] vermutet, daß er Eigentümer ist.[4] Wer deshalb von ihm kauft, wird unanfechtbarer Eigentümer. Ist er nicht in gutem Glauben, so wird er auf Grund von art. 1382 schadensersatzpflichtig:[5] „Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer." Bei Immobilien greifen hier die Vorschriften über die Transskription des Erwerbstitels ein.[6] Nach badischem Recht ist das Wiederkaufsrecht nur bei Liegenschaften statthaft.[7] Es kann nur im Vertrage selbst, nicht in einer nachträglichen Vereinbarung ausbedungen werden[8] und nur auf höchstens fünf Jahre (art. 1660, 1661, 1662, 1663). Ersteres hängt damit zusammen, daß nach französischem Recht der bloße Abschluß des Vertrages den Eigentumsübergang bewirkt.

1) S. 403 Nr. 411.

2) titre bedeutet soviel wie „schriftliches Beweismittel für einen Erwerb bezw. seinen Grund" (Zachariae I S. 341 n. 16).

3) Zachariae I S. 335 n. 2.

4) Einen Überblick über die mannigfaltigen in Theorie und Praxis über art. 2279 aufgestellten Ansichten gibt Sirey-Gilbert in den Noten zu art. 2279.

5) Zachariae I S. 335 n. 2.

6) Zachariae I S. 341 ff., II S. 504 n. 11.

7) Behaghel S. 234 Nr. 2.

8) Behaghel S. 234 Nr. 1, Zachariae II S. 503 n. 2.

Die rechtliche Natur des pacte de rachat ist nicht unbestritten. Nach Zachariae[1] ist es „ein mit dinglich wirksamer Kraft ausgestattetes Recht des Veräußerers, der eigentlich nur Verpfänder war", keine Resolutivbedingung. Es soll sich um ein sog. ius ad rem handeln d. h. um eine „unmittelbare Wirkung der Obligation auf Innehabung der Sache zu Eigentum oder Genuß auf diese Sache selbst und damit auch gegen dritte Personen, die mit der Sache in Berührung treten".[2] Eine Resolution des Rechtes des Erwerbers trete nur folgeweise in zweiter Linie ein.[3] Ihm stimmt v. Wangenheim bei.[4] — Diese Konstruktion läßt sich gegenüber dem klaren Wortlaute des Gesetzes nicht verteidigen. Von der „faculté de rachat" handelt der erste Abschnitt im 6. Kapitel des 3. Buches. Dieses Kapitel beginnt art. 1658 mit den Worten . . . . . le contrat de vente peut être résolu par l' exercice de la fa faculté de rachat . . . ." Es kann daher gar kein Zweifel aufkommen, daß es sich um eine Resolutivbedingung handelt. Diese Auffassung empfiehlt sich auch wegen ihrer Einfachheit. Bei ihr gelangt man unmittelbar und ohne Umweg zu dem Ergebnis, daß eine Auflösung des Kaufvertrages ex tunc[5] stattfindet. Und dieser Erfolg ist doch das Wesentliche beim Wiederkauf (art. 1673, vgl. art. 1183). Wir schließen uns daher Laurent an, welcher schreibt:[6] „Qu' est-ce donc le pacte de rachat? C' est une

1) II S. 502 n. 1.
2) I S. 348.
3) II S. 502 n. 1.
4) S. 37 f.
5) Zachariae II S. 506, Laurent S. 408 Nr. 416.
6) S. 369 Nr. 381.

vente faite sous condition resolutoire. Cette condition est expresse (ausdrücklich vereinbart) puisqu'elle est stipulée par le contrat; c'est donc une condition résolutoire expresse. Il n y a que cette différence entre la faculté de rachat et la condition resolutoire casuelle, c' est qu'elle est potestative, puisqu'il dépend du vendeur de ne pas user du pacte; mais sauf cette différence, on applique à la vente faite avec clause de rachat les principes qui regissent la condition résolutoire expresse". Folgerichtig erklärt er den Ausdruck faculté de rachat ou de réméré für ungenau, da ein zweiter Kauf nicht in Frage kommt. Angesichts der unzweideutigen Bestimmung des art. 1658 kann für den Code civil im Gegensatz zum BGB. aus der Terminologie und der Stellung des Instituts im System des Gesetzes allerdings kein Schluß auf dessen rechtliche Natur gezogen werden. Ebenso wie Laurent äußert sich Marcadé:[1] „La vente accompagnée de ce pacte est une vente faite sous condition résolutoire". Derselben Meinung sind Behaghel[2] und Arthur Kohler.[3] Die Nutzungen der Sache werden mit den Zinsen des Kaufgeldes aufgerechnet. Zu ersetzen sind nur „les frais et les loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires et celles qui ont augmenté la valeur du fonds jusqu'à concurrence de cette augmentation" (art. 1673) d. h. die Kaufkosten, die notwendigen Verwendungen ohne Einschränkung und die nützlichen in

1) S. 299.
2) S. 234.
3) S. 98f.

Höhe der dadurch bewirkten und noch vorhandenen Wertsteigerung. [1]

Nach Laurent [2] genügt es, wenn der Verkäufer die Wiederkaufserklärung abgibt. Er dürfte Recht haben, und ihm folgt das Reichsgericht. [3] Andere [4] meinen, diese Erklärung „stehe kraft Gesetzes unter der Bedingung nachfolgender Zahlung". Manche verlangen sogar Realoblation des Preises. [4]

C. BGB.

I. § 10.

Die Einheitstheorien.

Trotz der eingehenden Regelung, welche der Wiederkauf im BGB. erfahren hat, ist auch hier seine und damit des Wiederkaufsrechts rechtliche Natur lebhaft bestritten. Die Motive heben ausdrücklich hervor, [5] daß das Gesetz eine Entscheidung nicht hat treffen wollen. Das ist weise Selbstbeschränkung und wird allgemein gebilligt.

Die Schriftsteller, welche sich mit unserer Frage beschäftigen, lassen sich in drei Gruppen sondern. Die einen sehen in dem Wiederkaufsrecht ein einseitiges Recht des Verkäufers, durch dessen Ausübung beiderseitige Verbindlichkeiten entstehen, ohne daß ein wirklicher zweiter Kauf zustande kommt. Sie leugnen also die Vertrags-

1) Arthur Kohler S. 99, Behaghel S. 234.
2) S. 400 f.
3) Bolze S. 46 Nr. 107.
4) aufgezählt bei Zachariae II S. 504 n. 8.
5) Mugdan S. 189.

natur des Wiederkaufs und nehmen nur ein einziges einheitliches Geschäft an. Die verschiedenen Ansichten, die auf dieser Grundlage aufgestellt sind, fassen wir deshalb unter dem Begriff „Einheitstheorien" zusammen. Dem gegenüber behaupten die andern, daß der Wiederkauf ein wirklicher Kauf ist. Hier sprechen wir deshalb von „Vertragstheorien". Einen vermittelnden Standpunkt nimmt Endemann ein, indem er je nach der Bestimmung des Wiederkaufspreises bald das eine, bald das andere annimmt. Seine Theorie nennen wir die „Vermittelungstheorie".[1] Wir wenden uns zuerst den Einheitstheorien zu.

Ihnen allen haftet ein gemeinsamer Mangel an: eben ihre grundsätzliche Auffassung.

Das BGB. behandelt den Wiederkauf unter der Rubrik: „Besondere Arten des Kaufes." In § 497 Abs. 1 S. 1 heißt es ausdrücklich, daß der Wiederkauf mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, zustande kommt. Ferner wird durchgängig der Verkäufer als Wiederkäufer, der Käufer als Wiederverkäufer bezeichnet. Daraus müssen wir entnehmen, daß ein wirklicher Kauf vorliegt,[2] der Wiederkauf mithin ein Vertrag ist und nur die Vertragstheorie richtig sein kann. Dem tut es keinen Eintrag, daß nach den Motiven die Redaktoren den Streit über die rechtliche Natur des Wiederkaufsrechts nicht haben entscheiden wollen (oben S. 77). Wer diesen Einwand als stichhaltig anerkannt, muß auf den

1) Diese Dreiteilung ist in der Litteratur bisher meines Wissens noch nicht vorgenommen. Sie dürfte sich aber empfehlen

2) Planck S. 271 n. 3, Scherer n. 1 zu § 497.

Versuch einer Konstruktion überhaupt verzichten, denn mit demselben Recht kann er gegenüber jeder anderen Konstruktion geltend gemacht werden. Wenn wir die Bestimmungen des BGB. interpretieren wollen, müssen wir sie doch so nehmen, wie sie nun einmal wirklich dastehen. Die Absichten, die bei ihrer Abfassung eine Rolle spielten, dürfen wir nur dann berücksichtigen, wenn sie aus dem Gesetz selber ersichtlich sind. Das Wort ist die Grundlage jeglicher Auslegung, und unter keinen Umständen darf es daher übersehen oder in seiner Bedeutung geändert werden, es müßte sich denn ein Zwang hierzu aus positiver Vorschrift oder aus dem Zusammenhange der Bestimmungen, der ratio legis, ergeben. Andernfalls entwickelt man nicht die Begriffe aus dem Gesetz, sondern das Gesetz aus Begriffen, die man sich ad hoc gebildet hat. Wir müssen mithin daran festhalten, daß der Wiederkauf ein wirklicher Kauf mit allen Merkmalen eines solchen ist, und die Einheitstheorien zu verwerfen sind. Im einzelnen sei Folgendes hervorgehoben.

1. Am unbestimmten drückt sich Bernhoeft[1] aus: „Ein „Hauptvertrag", überhaupt ein zweiter Vertrag kommt nicht zustande, weil es an einer zweiten Willenseinigung fehlt. Die Erklärung des Wiederkäufers bleibt in jedem Falle nur eine einseitige. Alle Ansprüche, welche der Entwurf aus dem Wiederkaufe ableitet, entspringen in Wahrheit bereits aus dem beim Verkaufe gemachten Vorbehalte des Wiederkaufs, sind aber bedingt durch die Erklärung des Wiederkäufers." Wir müssen beachten, daß diese Äußerungen auf dem Entwurf I be-

1) S. 58.

ruhen, dessen Vorschriften von denen des Gesetzes wesentlich abweichen. Nach letzterem entspringen aus dem Vorbehalt des Wiederkaufs Ansprüche überhaupt nicht, nicht einmal als bedingte. „Anspruch" im Sinne des BGB nämlich ist „das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen" (§ 194). Alle Ansprüche bis auf gewisse familienrechtliche unterliegen der Verjährung. Daraus folgt, daß die Verjährbarkeit für die Entscheidung der Frage nach dem Vorliegen eines Anspruchs im Einzelfall von ausschlaggebender Bedeutung ist und mangels ihrer zu verneinen ist. Das aus dem Vorbehalt des Wiederkaufs hergeleitete Recht unterliegt aber der Verjährung nicht, sondern ist durch Gesetz oder Vertrag präklusiv befristet (§ 503). Mithin ist es kein Anspruch. Ein solcher entsteht erst, nachdem der Wiederkauf zustande gekommen ist.[1] Er entspringt aber nicht dem Wiederkaufsrecht, sondern dem nunmehr perfekten Kaufvertrage, und die gewöhnlichen Regeln finden auf ihn Anwendung.[2] Deshalb hat auch Wangemann Unrecht, wenn er[3] einen unverjährbaren Anspruch, der aus dem Wiederkaufsrecht hergeleitet wird, konstruieren will. Der Entwurf folgte ganz dem, was für das römische Recht als richtig hinstellten (oben S. 61 f.), insbesondere was den Beginn der Verjährung anbetrifft[4] Die abweichenden Anordnugen des BGB. bilden eine

1) Kipp S. 600 Nr. 2, Planck S. 274 n. zu § 503, Rehbein S. 303 No. II 2, Enneccerus und Lehmann S. 618 Nr. I 2.

2) Staudinger S. 249 n. 2 zu § 503, Oertmann S. 222 n. 1 zu § 503, Rehbein S. 243 Nr. III c

3) S. 40 Nr. II.

4) § 158 Abs. 3, Motive S. 341 f., bei Mugdan S. 190, Protokolle S. 1776 ff., bei Mugdan S. 787 f., Planck S. 274 n. zu § 503, Oertmann S. 222 n. 1 § 503.

positivrechtliche Ausnahmebestimmung, die durch den Hinweis auf die Interessen des Verkehrs als genügend gerechtfertigt erscheinen kann. Planks Hinweis, daß der Verkäufer nur das Recht hat, einen Kauf zustande zu bringen (S. 274) und daß deshalb ein Anspruch nicht vorliegt, kann als durchschlagend nicht anerkannt werden. Sein Recht „in der Richtung auf die Unterwerfung des menschlichen Willens" ist vielmehr das Recht, eventuell Erfüllung des Wiederkaufs zu verlangen (ob. S. 62f.)

Sieht man auf das geltende Recht, so erweist sich Bernhoefts Ansicht mithin in allen wesentlichen Punkten als nicht zutreffend.

2. Die Theorie vom resolutiv bedingten Kauf wird anscheinend von Arthur Kohler vertreten[1] Zwischen einem solchen und einem Verkauf auf Wiederkauf bestehen aber tiefgreifende Unterschiede Bei jenem kann ein Dritter nur auf Grund der Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, Rechte an der Sache erwerben (§ 161 Abs. 3), bei diesen auch in Kenntnis der Beschränkung des Rechts seines Urhebers (§ 499).[2] Die Bedingung hat dingliche Wirkung (§ 158 Abs. 2), der Wiederkauf abligatorische. Dort tritt der frühere Rechtszustand wieder ein (§ 158

1) S. 102 Gegen die Zulässigkeit einer auf den Willen des Berechtigten gestellten Bedingung kann an sich kein berechtigter Einwand erhoben werden. Für das B.G.B. ist eine solche zuzulassen, wenn sie vernünftig ist, d. h. wenn auch der Verpflichtete an ihrem Dasein ein Interesse hat. Für das römische Recht dürfte Leonhards Ansicht zutreffen. Darüber siehe Hahn S. 34ff. Diese Frage hier ausführlich zu erörtern ist nicht angebracht.

2) Meisner u. zu § 497.

Abs. 2), hier nicht (§ 498 Abs. 1). Rehbein[1] und Scherer[2] verwerfen diese Konstruktion ausdrücklich.

3. Kuhlenbeck[3] betrachtet in seinem Werke „Von den Pandekten zum BGB." den Kauf mit Vorbehalt des Wiederkaufs als einen „Kauf unter Vorbehalt eines Rücktrittsrechts, das allerdings eine besondere, von den allgemeinen Regeln des Rücktrittsrechts abweichende Regelung erhalten hat." Diese Meinung wird mit Recht einstimmig als unhaltbar bezeichnet,[3a] denn die Abweichungen sind solcher Art, daß von einem Rücktrittsrecht nicht mehr gesprochen werden kann.

Nach Enneccerus und Lehmann[4] ist Rücktritt „die Erkläruug einer Vertragspartei an die andere, daß der Vertrag als nicht geschlossen behandelt werden solle." Deshalb sind die Parteien, wenn der Rücktritt erfolgt, verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren (§ 346). Darin liegt zweierlei: in Zukunft sollen Ansprüche aus dem Vertrage nicht mehr erhoben werden dürfen und können; was in der Vergangenheit aus dem Vertrage geleistet ist, soll dem Gegner wiedererstattet werden, damit der frühere Zustand eintritt. Crome[5] drückt das treffend so aus, daß eine Einrede und ein Anspruch entsteht. Ähnlich äußern sich Enneccerus

1) S. 231.

2) n. zu § 497.

3) S. 268.

3a) Enneccerus und Lehmann S. 618 Nr. 1, Crome S. 491 n. 29, 488 n. 6, Matthiaß S. 521, Oertmann S. 217 n. 2b, Planck S. 272 n. 2 zu § 498, Kipp S. 600 Nr. 3, Hellwig S. 224, Wangemann S. 40, v. Wangenheim S. 18, Hahn S. 29.

4) S. 460.

5) S. 199f.

und Lehmann:[1] „Die Wirkung des Rücktritts ist eine doppelte: das bestehende Schuldverhältnis wird wieder aufgehoben, als wäre es nicht begründet worden; und es entsteht ein neues Schuldverhältnis, gerichtet auf Rückgewähr der empfangenen Leistungen.“ Beim Wiederkauf ist aber von einer Aufhebung des ersten Kaufs im Gesetz keine Rede. Es heißt nur, daß durch die einseitige Erklärung des Verkäufers der Wiederkauf zustande kommt. Entsprechend ist der Wiederverkäufer nur verpflichtet, den gekauften Gegenstand nebst Zubehör herauszugeben (§ 498 Abs. 1). Eine obligatorische resolutio ex tunc wie beim Rücktritt ist vollends ausgeschlossen.[2] Anders wie hier (§ 346 S. 2) besteht für den Käufer keine Verpflichtung, für die Überlassung der Benutzung der Sache den Wert zu vergüten, oder für den Verkäufer den Kaufpreis von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen (§ 347 S. 3) Ebenso wenig ist ein Anspruch auf Herausgabe oder Vergütungen von Nutzungen anerkannt (§ 347 S. 2). Die Pflicht zum Ersatz von Verwendungen bestimmt sich beim Rücktritt nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an gelten (§ 347 S. 3, 2). Ein Anspruch des Wiederverkäufers besteht nur insoweit, als der Wert des Gegenstandes durch die Verwendungen erhöht ist (§ 500 S. 1).

Weitere Widersprüche ergeben sich aus der Vergleichung von § 355 mit § 503. Das Rücktrittsrecht ist

1) S. 461.

2) Damit erledigt sich die Meinung Paul Sieberts (S. 26), daß es sich beim Wiederverkauf um das Recht handelt, den ersten Kauf rückgängig zu machen.

gesetzlich nicht befristet, das Wiederkaufsrecht kann nur bis zum Ablauf von 3 bezw. bei Grundstücken 30 Jahren ausgeübt werden. Andererseits kann beim Rücktrittsrecht der Verpflichtete dem Berechtigten für die Ausübung des Rechts eine angemessene Frist festsetzen mit der Wirkung, daß es durch Nichtausübung innerhalb derselben erlischt. Der Wiederkauf kommt mit der Erklärung des Wiederkäufers endgültig zustande und kann nur durch contrarius consensus beseitigt werden; der Rücktritt hingegen wird ipso iure unwirksam, wenn der Berechtigte mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes oder eines erheblichen Teiles des Gegenstandes in Verzug kommt und eine ihm dieserhalb vom Gegner gesetzte angemessene Frist erfolglos ablaufen läßt.

Bei Mehrheit der subjektiven Beziehungen kann das Rücktrittsrecht nur von allen ausgeübt werden, und wenn es für einen der Berechtigten erlischt, so erlischt es für alle (§ 356). Steht das Wiederkaufsrecht mehreren gemeinsam zu, so kann es zwar auch nur im ganzen ausgeübt werden, aber wenn einer es nicht ausübt oder es für einen erlischt, so können es die übrigen im ganzen ausüben (§ 502). Diese letztgenannten Abweichungen ergeben sich notwendig aus der verschiedenen Natur beider Institute.[1] Wenn mehrere vom Vertrage im ganzen zurückzutreten berechtigt sind, ist es garnicht denkbar, daß ein Teil zurücktritt, ein anderer nicht. Wenn aber mehreren ein Wiederkaufsrecht im ganzen zusteht, kann sehr wohl einer die ganze Sache für sich allein zurückkaufen, während die anderen wegen mangelnden Interesses an ihrem

1) Crome S. 492 n. 39.

Erwerb davon absehen.[1] Andererseits muß es im ganzen ausgeübt werden, weil es eine Bedingung ist, und eine solche sich nur erfüllt, sofern sie ganz eintritt.[2] Auch könnte anteilsmäßige Ausübung den Käufer schwer schädigen; mit dem Ausübenden würde er in eine Rechtsgemeinschaft treten, und dazu verpflichtet ihn das Geschäft nicht.[3]

Vor allem aber widerspricht § 501 der Konstruktion Kuhlenbecks.[4] Da durch den Rücktritt das Schuldverhältnis so beseitigt werden soll, als wäre es nie entstanden, so ist es nur denkbar mit (obligatorischer[5]) Rückwirkung. Resolutio ex tunc ist ihm begriffswesentlich. Damit aber ist unverträglich eine Vereinbarung der Parteien, daß sich ihre wechselseitigen Rechte und Pflichten bestimmen sollen nach dem gegenwärtigen Zustand der Sachen, die zurückzugewähren sie verbunden sind. Eine solche aber liegt im Falle des § 501 vor, wonach als Wiederkaufspreis der Schätzungswert vereinbart werden kann, den der gekaufte Gegenstand zur Zeit des Wiederkaufs hat.

Wiederkaufsrecht und Rücktrittsrecht haben eigentlich nur das gemeinsam, daß sie durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt werden (§§ 349, 497 Abs. 1), daß sie in einem Vertrage vorbehalten werden (§§ 346, 497, 503), und daß sie nur obligatorisch wirken.

---

1) Kipp S. 601 Nr. 3, Protokolle S. 1780 bei Mugdan S. 788.
2) Enneccerus und Lehmann S. 619 Nr. III 3.
3) Protokolle S. 1780 bei Mugdan S. 788. Matthiaß S. 522.
4) Schollmeyer S. 23.
5) vergl. hierzu Crome S. 199 Nr. 4.

Kuhlenbeck hat später selbst diese Ansicht aufgegeben (unten S. 93).

4. Am meisten hat noch die Meinung Cosacks für sich. Er leugnet gleichfalls die Vertragsnatur des Wiederkaufs. Es handle sich beim Wiederkauf vielmehr um eine einseitige Rechtshandlung des Wiederkäufers.[1] „Die Ausübung des Wiederkaufsrechts bewirkt, daß der Wiederkäufer dem Wiederverkäufer gegenüber als Käufer des Gegenstandes gilt unter den im Vertrage festgesetzten Bedingungen.“[1] Er nimmt also an, daß der Wiederkauf nur analog dem Kauf zu beurteilen ist, und befindet sich darin in Übereinstimmung mit Dernburg, der Folgendes sagt:[2] „Die Erklärung des Wiederkäufers begründet, wie wenn ein Kaufvertrag geschlossen wäre, gegenseitige Verbindlichkeiten, welche der allgemeinen Regel des Kaufvertrages zufolge Zug um Zug zu erfüllen sind.“ Wie Hahn[3] hiernach Dernburg unterstellen kann, daß er einen Vertrag auf Abschluß eines zweiten Kaufes annimmt, bleibt unverständlich. Er hebt doch ausdrücklich hervor, daß letzterer fingiert wird, leugnet ihn also in Wahrheit. Ganz folgerichtig führt er seinen Standpunkt allerdings nicht durch, wenn er die Formlosigkeit der Wiederkaufserklärung als auf Zweckmäßigkeitsrücksichten beruhend hinstellt. Beim Wiederkauf bestehe die Gefahr einer Übereilung nicht, und deshalb erübrige sich die Beobachtung etwaiger Formvorschriften.[4] Wenn es sich nur um einen fingierten Kauf handelt, kann man

1) S. 463 Nr. V 6.
2) Bürgerliches Recht II 2. S. 101 Nr. VI.
3) S. 26.
4) a. a. O. S. 100 Nr. 5.

das Verhältnis doch ohne Skrupeln auch durch eine formlose Willenserklärung entstehen lassen.

Gegen Dernburg liegt im übrigen nur das allen Einheitstheorien anhaftende Bedenken vor. Cosack irrt, wenn er meint, daß der Wiederkäufer nur dem Wiederverkäufer gegenüber als Käufer des Gegenstandes gilt. Auch nach außen hin gilt er als Käufer und muß deshalb z. B. die Umsatzsteuer entrichten.

5. Die für das gemeine Recht von Degenkolb vertretene Einlösungstheorie hat sich Schollmeyer zu eigen gemacht. Er sieht[1] „in dem Vorbehalt des Wiederkaufs ein Recht auf Einlösung, also auf Rückforderung des Kaufgegenstandes gegen Zahlung einer in bestimmter Weise normierten Einlösungssumme. Der aus dem vertragsmäßigen Vorbehalt des Wiederkaufs abzuleitende Anspruch geht nicht auf contrahere, sondern auf restituere oder redhibere." Es ist bereits dargelegt (oben S. 79 f.), daß Ansprüche aus dem Wiederkaufsvorbehalt nicht entstehen. Das läßt unser Autor unbeachtet, und damit fällt seine ganze Konstruktion. Denn einem Recht auf Rückforderung muß allerdings ein entsprechender Anspruch gegenüberstehen und ist ohne solchen nicht denkbar.[2] Ferner aber fragt Oertmann[3] mit gutem Grunde: „Worin liegt auch der Rechtsgrund dieses „Rechtes"?" Ein „Recht auf Einlösung" erwähnt das BGB. nirgends, und Schollmeyer muß es sich eigens für den Fall des

1) S. 23.

2) Der Versuch Paul Sieberts (S. 25), Schollmeyer die Ansicht zu unterschieben, daß nicht aus dem Wiederkaufsrecht selbst, sondern aus seiner Geltendmachung Ansprüche entstehen, ist angesichts der klaren Worte jenes als mißlungen anzusehen.

3) Kommentar S. 217 Nr. 2o.

Wiederkaufs aufbauen." So ist denn seine ganze Theorie in letzterer Linie weiter nichts als eine Vertauschung von Namen und nicht eine Erklärung eines unbekannten Begriffs. Ein neuer Begriff wird für das Gesetz geschaffen, anstatt ihn aus diesem zu entnehmen (oben S. 79).

Auf demselben Standpunkt stehen im wesentlichen Kipp und Crome. Nach jenem „handelt es sich in Wahrheit nicht um ein Kaufgeschäft, sondern um ein Recht, die Sache auf Grund einseitiger Willenserklärung zurückzuverlangen."[1] Der folgende Satz erinnert wieder an Cosack und Dernburg: „Die einseitig wirksame Erklärung (des Verkäufers) schafft, indem sie ihre Kraft dem vereinbarten Vorbehalt entnimmt, ein Verpflichtungsverhältnis der Parteien, welches nach Analogie des Kaufverhältnisses zu beurteilen ist, soweit nicht besondere Sätze des Wiederkaufs bestehen oder Erwägungen der eigentümlichen Natur des Verhältnisses andere Folgerungen begründen."[2] Warum soll man die Sätze über den Kauf nur analog anwenden, wenn sich ein wirklicher Kauf konstruieren läßt! Und an anderer Stelle will Kipp einen solchen deshalb nicht zulassen, weil nicht alle Vorschriften über ihn uneingeschränkt für den Wiederkauf gelten. Widerlegt er sich nicht selbst, indem er auch bei seiner Konstruktion die besonderen Sätze des Wiederkaufs oder Erwägungen der eigentümlichen Natur des Verhältnisses Ausnahmen begründen läßt!

Crome äußert sich fast genau so wie Kipp. Er nennt[3] das Wiederkaufsrecht „eine Befugnis zum Rück-

1) S. 602.
2) S. 600 Nr. 2.
3) S. 488.

erwerb des unter Vorbehalt verkauften Gegenstandes". Von einem zweiten Kauf ist keine Rede.[1] „Im übrigen entsteht aus der Wiederkaufserklärung ein gegenseitiges Rechtsverhältnis der Parteien wie aus einem abgeschlossenen Kaufe".[2] Der Erwerb vollzieht sich aber auf Grund des ersten Kaufgeschäfts: „Dieses enthält den Wiederkauf, dessen Vollendung von der in das freie Belieben des Wiederkäufers gestellten Abgabe der Wiederkaufserklärung abhängt".[3] Da der Wiederkauf nicht bezweckt, „die Wirkungen des ursprünglichen Kaufgeschäfts auch für die Vergangenheit zu beseitigen",[4] so muß ein solches wohl für die Zukunft der Fall sein. Das führt zur Annahme einer resolutio ex nunc. Aber schon bei anderer Gelegenheit (oben S. 81 f) wurde bemerkt, daß diese Auffassung im Gesetz keine Stütze findet.

Endlich ist in diesem Zusammenhange Bendix zu erwähnen, der das Wiederkaufsrecht als „den vereinbarten Vorbehalt des Einlösungsrechts (Rückkauf) eines verkauften Gegenstandes" definiert[5] und eine obligatorische resolutio ex nunc des ursprünglichen Kaufs eintreten läßt.[6]

Letzterer steht mithin uneingeschränkt auf Schollmeyers Standpunkt, geht sogar noch etwas weiter als dieser. Kipp und Crome drücken sich nur anders aus und vermeiden allerdings, von Ansprüchen zu reden, die aus dem Wiederkaufsrecht entstehen. Insofern ist ihre Stellung eine gefestigtere. Vielleicht könnte man sie,

1) S. 488, insbesondere n. 5.
2) S. 491 Nr. 5.
3) S. 489 n. 7.
4) S. 491.
5) S. 388.
6) S. 389 Nr. IV.

besonders ersteren, mit demselben Recht zu den Vertretern der Dernburg'schen Theorie vom fingierten Kauf zählen.

II. Die Vertragstheorien.

§ 11.

Die Vorvertragstheorie und die Offertentheorie.

Wir haben bereits nachgewiesen, daß der Wiederkauf ein wirklicher Kauf ist. Wie aber dieser Vertrag zu konstruieren sei, darüber sind verschiedene Meinungen laut geworden.

1. Schütze[1] behauptet, wie für das gemeine Recht, daß der Wiederkaufsvorbehalt ein Vorvertrag ist, durch den sich der Käufer verpflichtet hat, auf Verlangen des Verkäufers den Wiederkauf abzuschließen. Er hält also das Wiederkaufsrecht für das Recht des Verkäufers, den Abschluß des Wiederkaufs zu verlangen. Auch die Motive[2] geben die Möglichkeit einer solchen Konstruktion zu. Man muß aber hierzu bedenken, daß die Fassung der bezüglichen §§ im ersten Entwurf eine wesentlich andere war. So lautete dort § 477: „Mit der vom Verkäufer gegenüber dem Käufer abgegebenen Erklärung, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, gelangt der Wiederkauf zum Abschlusse." §§ 478, 479 sprechen gleichfalls von „Schließung" des Wiederkaufes[3] Daß Verträge, die auf den Abschluß eines zweiten Vertrages, des

1) S. 92ff.
2) Mugdan S. 189.
3) Vergl. unten S. 106 ff.

Hauptvertrages, hinzielen, nach dem BGB. zulässig sind, kann zwar begründeten Zweifeln nicht unterliegen, obwohl es nirgends ausdrücklich gesagt wird.[1] Aber auch nur in diesem Sinne darf man von Vorverträgen sprechen. Zu ihrer Erfüllung bedarf es also allemal des Abschlusses eines neuen Vertrages. Vertrag aber ist nach Dernburg[2] „jede Willensvereinigung mit einander verhandelnder Parteien, welche Begründung, Veränderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses bezweckt". Wesentlich ist ihm mithin das tätige Zusammenwirken von mindestens zwei Personen.[3] Aus §§ 145, 146, 151 geht klar hervor, daß ein Antrag und eine Annahme unbedingt erforderlich sind.[4] Nun schreibt aber § 479 S. 1 vor: „Hat sich der Verkäufer in dem Vertrage das Recht des Wiederkaufs vorbehalten, so kommt der Wiederkauf mit der Erklärung des Verkäufers, daß er das Recht ausübe, zustande". Also die einseitige empfangsbedürftige, nicht aber annahmebedürftige Erklärung des Berechtigten genügt hierzu. Der Käufer mag sich noch so sehr sträuben, er ist kraft dieser Erklärung verpflichtet, den gekauften Gegenstand nebst Zubehör herauszugeben (§ 498 Abs. 1). Von einer Willenseinigung ist folglich keine Rede. Eben deshalb versagt auch § 154, welcher lautet: „Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrages zustande, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden

1) Stammler S. 12, Crome S. 166 f.

2) Bürgerliches Recht I S. 334.

3) Korte S. 7, Leonhard Allgem. Teil S. 262.

4) Staudinger n. 1 zu § 305, Planck I Vorbemerkung zum 3. Teil des 3. Abschnitts des Allgem. Teils, Korte S 7, vergl. auch Hölder S. 321 n. 1 zu § 140.

braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat". Denn hier wird nur von der Erklärung der Annahme entbunden, keineswegs von dieser selbst.[1] Um nun seine Konstruktion zu halten, greift Schütze[2] zu einem Ausweg und sagt, daß hier kraft positiver Vorschrift der Vorvertrag durch die bloße Willenserklärung des Berechtigten sich unmittelbar in einen Hauptvertrag umwandelt. Wenn die Verfasser der Motive sich dieses Allerweltsmittels der Fiktion bedienten,[3] so ist das bei der erwähnten Fassung des I. Entwurfs wenigstens verständlich, wenn auch nicht des Beifalls und der Nacheiferung würdig. Gegenüber dem Gesetz ist es schlechterdings unverzeihlich und verwerflich. Denn jene Erklärung bedeutet ganz einfach einen „Verzicht auf die rechtliche Konstruktion".[4] Ein Vertrag ohne Willenseinigung ist eben kein Vertrag. Mit demselben Rechte könnte man sagen: „Ein Toter ist ein Lebendiger ohne Leben". Eine weitere positivrechtliche Ausnahmebestimmung gegenüber der Theorie vom pactum de contrahendo wäre, daß jeder Wiederkauf formlos zustande käme, während sonst, z. B. wenn es sich um einen Grundstückskauf handelt, Formvorschriften Platz greifen (§ 413).[5]

1) Korte S. 28.
2) S. 94.
3) Mugdan S. 189.
4) Matthiaß S. 521. Sprachlich ist gegen Schütze auch einzuwenden, daß man nicht sagen kann, ein Vertrag verwandelt sich in einen anderen. Ganz abgesehen von dem materiellen Fehler, der in unserem Falle hierin liegt, ist das doch eine sehr verkehrte Ausdrucksweise.
5) Diesem Einwand soll nicht besondere Kraft zugestanden werden. Dernburgs Erwägung (oben S. 86) ist wohl nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen.

Schütze gerät also bei seiner Konstruktion in die grellsten Disharmonien mit dem Gesetz. Sie wird sonst nur von Leske[1] vertreten, den sie indes auch nicht ganz befriedigt. Später hat sich ihr Kuhlenbeck angeschlossen, indem er darin „ein Beispiel eines vertragsmäßigen Kontrahierungszwanges findet, dessen Zulässigkeit nicht nur gesetzlich anerkannt, sondern dessen Voraussetzungen und Folgen auch dispositiv geregelt sind".[2] Enneccerus und Lehmann,[3] Matthiaß,[4] Oertmann,[5] Planck,[6] Schollmeyer,[7] Stammler,[8] v. Wangenheim,[9] Wangemann,[10] Crome[11] und Hahn[12] weisen sie ausdrücklich zurück.

2. Auf den Abschluß eines zweiten Vertrages in dem Augenblicke, da der Wiederkäufer von seinem Rechte Gebrauch macht, kommt auch Plancks Offertentheorie hinaus. Nach ihm[13] liegt ein Vertragsantrag vor, den der Käufer dem Verkäufer im ersten Kaufvertrage gemacht hat, gerichtet auf einen zweiten Kauf über dasselbe Objekt. An sich ist eine derartige Konstruktion denkbar, aber sie widerspricht einzelnen Bestimmungen, und deshalb verwerfen wir sie. Zunächst wäre es eine Anomalie,

1) S. 209 § 63 Nr. II.
2) Rechtsprechung S. 389.
3) S. 618.
4) S. 521.
5) Kommentar S. 217.
6) S. 271 n. 3.
7) S. 22.
8) S. 13
9) S. 18.
10) S. 40 Nr. 1.
11) S. 488.
12) S. 25ff.
13) II S. 271.

daß die Wiederkaufserklärung formlos ist[1,2] (§ 497 Abs. 1 S. 2). Vor allem aber paßt zu ihr nicht, daß der Wiederverkäufer unter Umständen 30 Jahre lang an seine Offerte gebunden sein soll. Das bedeutet eine Ausnahme von § 147. Danach kann der einem Anwesenden gemachte Antrag nur sofort angenommen werden; der einem Abwesenden gemachte Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Daß letzteres erst nach 30 Jahren der Fall ist, kann nicht füglich behauptet werden. Weniger Bedenken dürften obwalten, wenn die Parteien das Wiederkaufsrecht vertragsmäßig befristet haben. Hier könnte man sagen, daß der Antragende für die Annahme des Antrages die vereinbarte Frist bestimmt hat (§ 148). Aber liegt denn überhaupt ein „Antrag" vor? Von einem solchen kann man doch nur reden, wenn jemand einem andern etwas „anträgt", d. h. ihm etwas vorschlägt, womit er sein Einverständnis erklären soll. Er selbst erklärt sich durch den Vorschlag damit einverstanden, daß das Vorgeschlagene geschieht, und ihm liegt daran, es durch seine Aufforderung auch den anderen zu machen und ihn zur Kundtuung seines Einverständnisses zu veranlassen. Wie aber liegt denn beim Wiederkauf die Sache? In vielen Fällen wird der Käufer nur ungern auf das Geding des Wiederkaufs eingehen.[3] Meistens

1) Das Seite 92 u. 5 Gesagte trifft aber auch hier zu.

2) Enneccerus und Lehmann S. 618 Nr. I 4. Oertmann a. a. O. S. 217 u. 2d Wangemann S. 40 Nr. IV.

3) Eine Ausnahme bildet der bei Hahn S. 28 und oben S. 28 f. mitgeteilte Fall.

tut er es nur, weil er es muß und anders den Gegenstand nicht erhalten würde. Deshalb geht es nicht an zu sagen, daß der Wiederverkäufer dem Wiederkäufer erst sein Einverständnis zu entlocken sucht. Er hat im Gegenteil eine Verpflichtung übernommen, deren er vielleicht gern ledig sein würde. Mithin trägt er dem Verkäufer nichts an, und eine Offerte liegt nicht vor. Auch darauf weist Hahn[1] hin, daß der Wiederkaufsberechtigte sein Recht nach § 150 verlieren würde, wenn er es unter „Erweiterung, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen" ausüben zu wollen erklärte. Diese Folgerung wird aber wohl niemandes Beifall finden.[2]

Plancks Ansicht wird in der Literatur nur von Hellmann[3] vertreten.

3. Die dritte Theorie wird in § 12 besprochen werden.

§ 12.

Die Theorie vom suspensivbedingten Kauf.

Gegenüber den beiden anderen Vertragstheorien geht die Theorie vom suspensivbedingten Kauf davon aus, daß nicht erst im Augenblicke, da der Verkäufer sein Recht ausübt, der Wiederkauf geschlossen wird, er vielmehr als bedingter Vertrag bereits vorhanden ist und durch die Erklärung des Berechtigten perfekt wird. Sie hat die zahlreichsten Vertreter gefunden. So enthält nach Matthiaß[4] der Vorbehalt „einen unter der auf-

1) S. 74f.

2) Auch würde sich, streng genommen, aus § 153 die Nichtvererblichkeit und Unveräußerlichkeit des Wiederkaufsrechts ergeben.

3) S. 227.

4) S. 521

schiebenden Bedingung, daß der Verkäufer es verlange, geschlossenen Wiederkauf". „Näher liegt es m. E.", sagt Oertmann,[1] „schon jetzt einen mit dem Kauf in continenti verbundenen Rückkauf, einen „actus contrarius" zu sehen, der aber noch unter der Bedingung „si placuerit" steht, dem Kauf auf Probe vergleichbar, nur daß hier nicht der Käufer, sondern der Verkäufer nach seinem Belieben sich entscheiden, sowie von Rückziehung und dinglichem Rückfall nicht wohl die Rede sein kann." Stammler[2] meint, „daß der eigentliche Vertrag schon zustande gekommen sei und durch einseitige Erklärung des Wiederkaufsberechtigten dahin ausgeführt werde, daß die Verpflichtung des Gegners nunmehr fällig werde". Oertmann[3] und v. Wangenheim[4] zählen auch Fischer-Henle hierher, welcher sich folgendermaßen ausdrückt:[5] „Damit ist der Wiederkauf vollendet; es bedarf nicht erst des Abschlusses eines Kaufgeschäfts, um den Käufer zu den ihm als Wiederverkäufer obliegenden Leistungen zu verpflichten. Diese Verpflichtungen wurzeln vielmehr in dem ersten Kaufvertrage, sie werden aktuell durch die einseitige Erklärung des Verkäufers". Was er eigentlich meint, ist nicht recht klar; da er aber von einem ersten Kaufvertrage spricht, so muß er wohl den Wiederkauf für den zweiten Kaufvertrag halten. Staudinger[6] möchte „am ehesten einen bedingten Rückkauf annehmen". Sehr energisch sprechen sich

1) Kommentar S. 271 Nr. 2c.
2) S. 13.
3) S 217 Nr. 2c.
4) S. 17.
5) S. 245 n. 3 zu § 497.
6) S. 244 n. I. 3.

Enneccerus und Lehmann[1] dafür aus. Gegenüber Schollmeyer verteidigt Eccius[2] die hier vorgetragene Ansicht. v. Wangenheim,[3] Wangemann[4] und Hahn[5] vertreten sie gleichfalls. Dagegen stehen Müller und Meikel zweifellos auf einem anderen Standpunkt, da sie ausdrücklich betonen,[6] daß es eines zweiten Kaufvertrages nicht bedarf. v. Wangenheim hat sich hinsichtlich ihrer geirrt.[7]

Schließt man sich dieser Meinung an, so wird man mit v. Wangenheim[8] die rechtliche Natur des Wiederkaufsrechts folgendermaßen definieren: „Das Wiederkaufsrecht ist das Recht des Verkäufers, durch einseitige Erklärung innerhalb einer bestimmten Frist gegenüber dem Käufer einen Wiederkauf über die an letzteren verkaufte Sache zum Abschluß zu bringen."

Es bietet sich hier demnach dasselbe Bild, wie nach gemeinem Recht: die Parteien schließen einen (regelmäßig) unbedingten Kauf, der sofort wirksam wird, und daneben mit umgekehrter Rollenverteilung über das nämliche Objekt einen suspensiv bedingten Kauf. Des letzteren Wirksamwerden hängt von einer entsprechenden Erklärung des Verkäufers ab, deren Abgabe in seinem freien Belieben steht. Der erste Kauf bleibt wirksam.

Diese Theorie ist richtig. Mit ihr harmonieren die Vorschriften des Gesetzes am besten. Die Formlosigkeit

1) S. 618.
2) S. 888.
3) S. 19.
4) S. 40 f.
5) S. 32.
6) S. 264.
7) S. 17 f.
8) S. 22.

der unwiderruflichen[1] Wiederkaufserklärung ergibt sich von selbst, wenn man bedenkt, daß sie Erfüllung einer Bedingung ist[2] (§ 497 Abs. 1 S. 2). Der Vertrag ist schon früher geschlossen, und bei ihm mußten natürlich die Formvorschriften beobachtet werden. Der Bestimmung des § 160 Abs. 1: „Wer unter einer aufschiebenden Bedingung berechtigt ist, kann im Falle des Eintritts der Bedingung Schadensersatz von dem andern Teile verlangen, wenn dieser während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt", entspricht[3] diejenige des § 498 Abs. 2 S. 1: „Hat der Wiederverkäufer vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts eine Verschlechterung, den Untergang oder eine aus einem anderen Grunde eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe verschuldet oder den Gegenstand wesentlich verändert, so ist er für den daraus entstandenen Schaden verantwortlich." Das Gleiche gilt von § 499 S. 1: „Hat der Wiederverkäufer vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts über den gekauften Gegenstand verfügt, so ist er verpflichtet, die dadurch begründeten Rechte Dritter zu beseitigen." Hierin ist auch die blos obligatorische Wirkung des Wiederkaufsrechts ausgedrückt.[4] Daß der Käufer in erster Linie zur Beseitigung der dinglichen Rechte und erst bei Unmöglichkeit der Be-

---

1) Staudinger S. 244 n. 2 zu § 497, Enneccerus und Lehmann S. 619 Nr. II, Dernburg Bürgerl. Recht II 2 S. 99, Crome S. 488 n. 4.

2) Enneccerus und Lehmann S. 619 Nr. III 2.

3) Eccius S. 888, Enneccerus und Lehmann S 619 Nr. IV I.

4) Oertmann S. 216 f. n. 1, Cosack S. 463 Nr. V 8, Kipp S. 600 f. Nr. 2, Enneccerus und Lehmann S. 620 Nr. IV 5, Fischer-Henle S. 244 n. 1 zu § 497.

seitigung zu Schadensersatz [1] verpflichtet ist, entspricht dem wirtschaftlichen Zwecke des Wiederkaufs: die Sache selbst wiederwerben zu können. Zu beachten ist die in den angeführten §§ liegende Ausdehnung der gewöhnlichen Haftung: für eine von ihm bewirkte wesentliche Veränderung sowie für Verfügungen, die er vorgenommen hat, ist der Wiederverkäufer auch ohne Verschulden verantwortlich.[2] Diese Erweiterung hat ihren Grund in der Rücksichtnahme auf die Interessen des Veräußerers, die soweit geht, daß sogar eine Verfügung, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt, vom Käufer zu vertreten ist [3] (§ 499 S. 2). Daß der Wiederkauf sich auch auf das Zubehör der Sache erstreckt (§ 498 Abs. 1), ergibt sich eigentlich schon aus § 314: [4] „Verpflichtet sich jemand zur Veräußerung oder Belastung einer Sache, so erstreckt sich die Verpflichtung im Zweifel auch auf das Zubehör der Sache." Da der alte Kauf durch den Wiederkauf in keiner Weise berührt wird, sind weder Nutzungen zu erstatten, noch Zinsen für den entrichteten Kaufpreis zu zahlen.[5] Die bezüglichen Bestimmungen in Entw. I §§ 478 Abs. 1, 479 Abs. 1 wurden als selbstverständlich gestrichen. Als Vermögensrecht ist das

1) Staudinger S. 246 n 3 zu § 498, Kipp S. 601 Nr. 4b, Dernburg Bürgerl. Recht S. 101 f. Nr. VI 2, Motive S. 343 bei Mugdan S. 190, Protokolle S. 1769 bei Mugdan S. 784.

2) Oertmann S. 218 n. 1c zu § 498, Crome S. 491 n. 31, Kipp S. 602 f. Nr. 4c, Wangemann S. 46 Nr I.

3) Motive bei Mugdan S. 189.

4) Fischer-Henle S. 245 n. 1 zu § 498.

5) Motive S. 343 bei Mugdan S. 190 f., Protokolle S. 1768, bei Mugdan S. 783, S. 1772 bei Mugdan S. 785, Meisner zu § 499, Planck S. 272 u. 2 zu § 498.

Wiederkaufsrecht vererblich, übertragbar und pfändbar.[1] Dem Gegenstand nach ist es nicht beschränkt.[2] Mit dem Eintritt der Bedingung bestimmt sich das Verhältnis der Parteien nach den gewöhnlichen Vorschriften über die Erfüllung gegenseitiger Verträge im allgemeinen und des Kaufs insbesondere,[3] denn nun ist der Wiederkauf perfekt und sie stehen sich als wirklicher Käufer und Verkäufer gegenüber. Ein selbständiges Recht auf Wandlung oder Minderung wegen der vor der Abgabe der Wiederkaufserklärung eingetretenen Mängel ist jedoch nicht anzuerkennen.[4]

Gegen die Theorie vom suspensiv bedingten Kauf macht man geltend:

1. daß der Wiederverkäufer nicht wie der Verkäufer zur Übergabe, sondern zur Herausgabe verpflichtet ist;
2. daß die Gefahrtragung abweichend von der beim Kauf geregelt sei;
3. daß der Wiederkauf durch die einseitige Erklärung des Verkäufers „zustande kommt". Deshalb, meint man, könne ein Vertrag überhaupt nicht vorliegen, denn es fehle zu dessen Zustandekommen die Mitwirkung des Käufers.

Wir werden uns im Folgenden mit diesen Einwänden näher befassen.

---

1) Motive bei Mugdan S. 189 f., Kipp S. 601 Nr. 3, Wangemann S. 47 Nr. II.

2) Motive bei Mugdan S. 189, Staudinger S. 244 n. I 2, Oertmann S. 217 n. 1.

3) Motive bei Mugdan S. 189, Protokolle S. 1768 bei Mugdan S. 733, Matthiaß S. 523, Kipp S. 601 f. Nr. II b, Oertmann S. 219 n. 1 d zu § 498.

4) Kipp S. 601 f. Nr. 4b, Cosack S. 463 Nr. V 6 c.

§ 13.

Die Herausgabepflicht des Wiederverkäufers.

Nach § 433 Abs. 1 S. 1 wird durch den Kaufvertrag der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache „zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen." § 498 verpflichtet den Wiederverkäufer, dem Wiederkäufer „den gekauften Gegenstand nebst Zubehör herauszugeben." Den Zusatz „nebst Zubehör" können wir weglassen, denn er ist, wie wir gesehen haben, überflüssig und könnte mit demselben Recht oder Unrecht auch in § 433 gemacht sein. Hervorgehoben aber sei, daß § 433 Abs. 1 S. 1 vom Kauf einer „Sache" d. h. eines körperlichen Gegenstandes (§ 90) handelt, während § 498 Abs. 2 schlechthin von „Gegenstand" spricht. Am meisten jedoch fällt in die Augen, daß hier eine „Herausgabepflicht", dort eine Pflicht zur „Übergabe und Eigentumsverschaffung" aufgestellt wird. Steht beides miteinander in Gegensatz?

Wir müssen die Frage entschieden verneinen. Auch n den gemeinrechtlichen Quellen besteht ein Analogon hierzu, indem der Verkäufer zur „Tradition," der Wiederverkäufer nach l. 2 C. 4, 54 zur „Restitution" verpflichtet ist (oben S. 50). Letzteres erklärten wir damit, daß es sich aus dem früheren Verhältnis der Sache zum Wiederkäufer ergebe. Auf diese Weise erklärt sich auch die verschiedene Ausdrucksweise des BGB. Der Gegenstand kehrt jetzt wieder zu seinem ursprünglichen Eigentümer zurück, und deshalb ist es sprachlich richtiger, dem Wiederverkäufer eine Herausgabepflicht aufzuerlegen. Insofern könnten wir sagen, daß die von § 433 abweichende

Terminologie des § 498 jeglicher juristischer Bedeutung ermangelt. Indes auch das trifft nicht zu. Das BGB. spricht von „übergeben" in den §§ 433, 440, 496, 588, 651, 688, 701, 703, 929, 933, 1032, 1117, 1205, 1213, 1296, 2238, von „herausgeben" in den §§ 256, 258, 260, 290, 292, 302, 440, 498, 500, 529, 667, 668, 684, 975, 981, 987, 989, 993, 998, 999, 1002, 1232, 1361, 1421, 1681, 1890, 1973, 1990, 2020, 2022, 2023, 2103, 2130, 2138, 2184, 2374, EG. art. 94[1] Bei einem Vergleich dieser §§ miteinander ergibt sich, daß „übergeben" stets bedeutet, „in Erfüllung einer primären Pflicht einem andern etwas geben", „herausgeben", dagegen, „einem andern deshalb etwas geben, weil man nur mittelbar, infolge einer ursprünglichen anderen Verbindlichkeit dazu verpflichtet ist." Ich „übergebe" eine Sache, weil ich mich zur Übergabe verpflichtet habe, ich gebe eine Sache heraus, weil ich mich ursprünglich zu etwas anderem verpflichtet habe z. B. als Beauftragter zur Ausführung des Auftrags. Kurz gesagt, ist die Herausgabepflicht eine qualifizierte Übergabepflicht, qualifiziert nämlich durch ihre Beziehung zu einem anderen Rechtsverhältnis. Mithin enthält die Herausgabepflicht auch stets eine Übergabepflicht, soweit eine Übergabe überhaupt möglich ist. Und damit kommen wir zu einem weiteren Unterschiede. „Übergeben" kann man nur Sachen, „herausgeben" kann man auch andere Gegenstände, z. B. ein Vermögen mit allen daran hängenden Rechten und Verbindlichkeiten. Die letzteren könnten nie Objekte einer „Übergabe" sein. Mithin dürfen wir sagen, daß „übergeben" und „herausgeben" keine Gegensätze sind, die einander ausschließen, sondern daß letzteres

1) Gradenwitz S. 140, 86 termini „übergeben", „herausgeben".

lediglich ein weiterer Begriff ist und das erstere stets zu ersetzen imstande ist.

Ziehen wir die Nutzanwendung auf § 498! Die durch den Wiederkauf begründete Verpflichtung des Wiederverkäufers ist qualifiziert durch ihre Beziehung zum Kauf, denn ohne ihn ist sie nicht denkbar. Mithin ist auch seine Übergabepflicht qualifiziert, d. h. sie ist eine Herausgabepflicht. § 498 spricht nicht nur von „Sachen", sondern auch von anderen Gegenständen. Deshalb bedient er sich auch insofern mit mehr Recht des Ausdrucks „herausgeben."

Wir sehen also, daß § 498 nicht in Gegensatz zu § 433 steht, und daß man nicht, wie es Kipp[1] tut, aus der „Herausgabepflicht" des Wiederverkäufers folgern darf, daß der Wiederkauf kein Kauf ist. § 498 drückt mit einem einzigen Worte aus, was § 433 in zwei Sätzen auseinandersetzt. Beide §§ stimmen inhaltlich durchaus überein.[2]

§ 14.

Die Gefahrtragung.

Tiefgreifende Abweichungen bestehen im Punkte der Gefahrtragung beim Wiederkauf gegenüber dem gewöhnlichen Kauf. Hier geht mit der Übergabe der verkauften Sache die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über (§ 446).

1) S. 602.

2) Ein Analogon zu der Herausgabepflicht des Wiederverkäufers bildet die des Erbschaftsverkäufers. Sollte dieser etwa auch keinen Kaufvertrag geschlossen haben (§ 2374)!

Beim Wiederkauf müssen wir unterscheiden zwischen der Zeit vor Abgabe der Wiederkaufserklärung und der Zeit nach deren Abgabe. Es wurde bereits hervorgehoben, daß vom Zustandekommen des Vertrages an die gewöhnlichen Regeln gelten. Während der Zwischenzeit von der Perfektion des Kaufs bis zu der des Wiederkaufes trägt aber der Wiederkäufer die Gefahr einer zufälligen Verschlechterung (§ 498 Abs. 2 S. 2), d. h. er kann wegen einer solchen Minderung des Kaufpreises nicht verlangen. Da dies beim gewöhnlichen bedingten Verkaufe anders ist, so leugnet man deshalb die Kaufnatur des Wiederkaufs. Aber man übersieht dabei, daß sich aus dem Wesen der dem Wiederkauf angehängten Bedingung naturgemäß Abweichungen ergeben; denn da sie eine Protestativbedingung ist, der Eintritt ganz vom Belieben des Wiederkäufers abhängt, so ist es als die Absicht der Parteien anzusehen, daß der Käufer für unverschuldete Verschlechterungen nicht haften soll. Seine Lage ist schon ohnehin eine wenig günstige. Er muß ein Grundstück, das erhebliche Zuschüsse erfordert, unter Umständen 30 Jahre lang behalten, obwohl er es gern los sein möchte (§§ 499, 503). Verwendungen, wenn sie auch noch so hoch sind, erhält er nur bis zum Betrage der noch vorhandenen Wertssteigerung (§ 500) ersetzt. Deshalb trägt das Gesetz, indem es die erwähnte Anomalie festsetzt, nur den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung und folgt damit der allgemeinen Regel des § 158 Abs. 1: „Wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritte der Bedingung ein.“ Paßt es dem Verkäufer nicht, den ver-

schlechterten Gegenstand anzunehmen, so mag er sein Recht nicht ausüben. Durch diese Möglichkeit ist er genügend geschützt. Auch hat er ja es in der Hand, als Wiederkaufspreis den Schätzungswert der Sache zur Zeit der Ausübung seines Rechts zu vereinbaren (§ 501).

Kipp[1] findet es ferner mit den Regeln des gewöhnlichen Kaufs nicht vereinbar, daß der Wiederkäufer auch wegen der ihm bei der Abgabe der Erklärung bekannten Mängel Minderung verlangen kann, sofern sie vom Käufer verschuldet sind (§§ 498, 499). Dieser Einwand trifft aber überhaupt nicht zu. Denn nach § 460 hat der Verkäufer einen Mangel der verkauften Sache nur dann nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufes kennt. Nach unserer Theorie ist der Kauf ja unmittelbar nach dem Abschlusse des ersten Kaufes abgeschlossen, und damals kann dem Wiederkäufer der Mangel noch nicht bekannt gewesen sein, weil er erst hinterher eintrat. Eine Ausnahme, die aber ganz naturgemäß ist und durchaus im Sinne der eben gemachten Ausführungen liegt, ergibt sich, wenn der Vorbehalt erst nachträglich getroffen ist. Daß dies möglich ist, ergibt sich aus § 503. In diesem Falle beginnt die eigentümliche Haftung des Wiederverkäufers erst mit dem genannten Zeitpunkte, d. h. er haftet nicht für Mängel, die dem Verkäufer zur Zeit des Abschlusses des Wiederkaufsgedings bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt sind (§ 460). Bei Beantwortung der Frage, was grobe Fahrlässigkeit ist, wird hier freilich sehr vorsichtig zu verfahren sein.

---

1) II S. 602.

Wenn daher Kipp[1] meint, daß beim Wiederkauf das Mängelrecht der §§ 498, 499 auf einem wesentlich anderen Boden als beim gewöhnlichen Kauf steht, so ist dem nicht beizupflichten. Es liegt nur in dem Wesen der Bedingung, daß manches abweichend geregelt wird. In gleichem Sinne äußern sich Oertmann[2] v. Wangenheim,[3] Wangemann[4] und Eccius.[5] Man könnte auch darauf hinweisen, daß die Art der Mängelhaftung für die Entscheidung der Frage nach der Kaufnatur eines Vertrages überhaupt kein ausschlaggebendes Moment bildet, wie sich aus der Betrachtung des Viehkaufs und des Erbschaftskaufs ergibt (§§ 481 ff; 2371 ff besonders § 2380).

Daß eine in das freie Belieben des Berechtigten gestellte Bedingung nach BGB. zulässig ist, kann begründeten Zweifeln nicht unterliegen.[6] Eine Analogie bietet der Kauf auf Probe.[7]

§ 15.

Die Bedeutung von „zustandekommen" in § 497 Abs. 1 S. 1.

Wir konstruieren den Wiederkauf als einen unmittelbar im Anschluß an den ersten Kauf abgeschlossenen suspensiv bedingten und behaupten mithin, daß „zustande kommen" in § 497 soviel bedeutet wie „wirksam werden"

1) II S. 601 f. Nr. 4b.
2) S. 271 n. 2c
3) S. 20 f.
4) S. 41.
5) S. 888.
6) Hahn S. 34 ff., oben S. 81 n. 1.
7) v. Wangenheim S. 21.

(vergl. oben S. 95 ff.). Staudinger[1] drückt das so aus, daß die Erklärung „das vorbehaltene Rechtsgeschäft des Wiederkaufs zur rechtlichen Vollendung bringt, ohne daß es eines weiteren Rückkaufsvertrages bedürfte." Diese Auffassung ist mit der Ausdrucksweise des BGB. wohl vereinbar.

Inbezug auf den Vertrag bedient sich nämlich das Gesetz bald des Ausdrucks „schließen", so in den §§ 108, 110, 154, 155, 157, 177, 179, 308, 312, 313, 360, 495, 504, 507, 510, 566, 567, 652, 764, 1433, 1434, 1437, 1644, 1750, 1762, 1822, 1824, 1829, 1951, 2274, 2275, 2276, 2290, 2292, 2347, EG. art. 1556, 217, bezw. „Schließung", so in den §§ 145, 307, bald „zustandekommen", so in den §§ 151, 152, 156, 497, 505, 652 bezw. „Zustandekommen", so in § 153.[2] Ein Vergleich der angeführten §§ mit einander ergibt einen feinen Unterschied in der Bedeutung beider Worte, der eigentlich schon in ihnen selber liegt. Wenn nämlich ein Vertrag „geschlossen" wird, so tritt er auf die regelmäßige Weise ins Leben: von einer Seite geht ein Angebot aus, und dies wird von der anderen Seite angenommen, ohne daß dabei irgend etwas Besonderes vorkäme. Wenn hingegen ein Vertrag „zustande kommt", so ist etwas Ungewöhnliches dabei im Spiele. So kommt nach § 151 der Vertrag „zustande", „ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht." Bei gerichtlicher oder notarieller Beurkundung ohne gleichzeitige Anwesenheit beider Teile kommt er mit der Beurkundung der Annahme „zustande" (§ 152). Stirbt

1) S, 245 n. 5.

2) Gradenwitz S. 129, 135, 181 bei den entsprechenden Worten.

der Antragende vor der Annahme oder wird er geschäftsunfähig, so wird das „Zustandekommen" des Vertrages dadurch nicht gehindert (§ 153). Bei einer Versteigerung kommt der Vertrag erst durch den Zuschlag „zustande" (§ 156). Beim Vorkauf kommt der Vertrag zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten mit der Ausübung des Vorkaufsrechts durch Erklärung gegenüber dem Verkäufer „zustande" (§ 505) Ganz besonders lehrreich ist § 652. Er lautet: „Wer für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags oder für die Vermittelung eines Vertrags einen Mäklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittelung des Mäklers zustande kommt. Wird der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so kann der Mäklerlohn erst verlangt werden, wenn die Bedingung eintritt. | Aufwendungen sind dem Mäkler nur zu ersetzen, wenn es vereinbart ist. Dies gilt auch dann, wenn der Vertrag nicht zustande kommt." Aus dem ganzen Zusammenhange ergibt sich, daß „zustandekommen" im letzten Satz von Absatz 2 bedeutet „wirksam werden". Erst wenn sich bei dem suspensiv bedingten Vertrag die Bedingung erfüllt hat, ist er im Sinne von Abs. 2 S. 2 „zustande gekommen". Wenn aber „zustandekommen" im Gesetz überhaupt „wirksam werden" bedeuten kann, was hindert uns dann, es auch in § 497 Abs. 1 S. 1 in diesem Sinne zu nehmen?

III. § 16.

Die Vermittelungstheorie.

Endemann gibt dem Verkäufer, der sich den

Wiederkauf vorbehalten hat, regelmäßig „einen obligatorischen Anspruch gegen den Käufer auf Rückgabe der Kaufsache gegen Empfang des Kaufpreises".[1] Daß diese Ansicht falsch ist, haben wir bereits nachgewiesen (oben S. 87 f.). Dann fährt er fort:[2] „Die Rechtsausübung nimmt einen anderen Charakter an, wenn der Wiederkauf zu dem Schätzungswerte stattfinden soll, den die Sache zur Zeit des Wiederkaufs hat. Hier ist die Sache zu leisten und zu nehmen, wie sie steht und geht. Der Rechtsvorgang ist nicht als Rückgängigmachen der Folgen des ursprünglichen, sondern als Abschluß eines neuen Kaufs aufzufassen." Wie er sich diesen zweiten Kauf denkt, erfährt man nicht.

Eine solche Zweiteilung des Wiederkaufs in grundverschiedene Geschäfte widerspricht dem Gesetze, das ihn durchaus einheitlich behandelt.

1) S. 729 Nr. 1.
2) S. 729 Nr. 2.

Litteratur-Verzeichnis.

1. Arndts, R. v. Arndtsberg, L., Lehrbuch der Pandekten, 13. Aufl., besorgt von L. Pfaff und F. Hoffmann, Stuttgart 1886.
2. Baron, J.: Pandekten, 4. Aufl. 1882
3. Barbineller, Johann Friedrich (praeside Christiano Thomasio): de usu practico accuratae distinctionis inter emtionem cum pacto de retrovendendo et contractum pigneratitium, Halle 1707.
4. Becher, H.: Die Ausführungsgesetze zum BGB., München 1899, 1900.
5. Bechmann, August: Der Kauf nach gemeinem Recht, 2. Teil, Erlangen 1884.
6. Behaghel, W.: Das Badische Bürgerliche Recht und der Code Napoléon, 3. Aufl., 2. Band, Tauberbischofsheim 1892.
7. Bendix, B.: Das Deutsche Privatrecht auf Grund des Deutschen BGB., 2. Abt., Recht der Schuldverh., Berlin 1898.
8. Bernhöft, Franz: „Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich" in Beiträgen zur Erläuterung

und Beurteilung des Entwurfs eines BGB. für das Deutsche Reich, herausgegeben von C. J. Becker und O. Fischer, 12. Heft, Berlin 1889.

9. Bolze, A.: Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, 8. Band, Leipzig 1890.
10. Brinz, Alois: Lehrbuch der Pandekten, Band 2, besorgt von Philipp Lohmar, Erlangen und Leipzig 1898.
11. Bornemann, W.: Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, 3. Band, 2. Ausgabe Berlin 1843.
12. Code Civil, Band I der Codes annotés de Sirey, 10. Aufl., Paris 1873.
13. Corpus iuris canonici editio Lipsiensis secunda, instruxit Aemilius Friedberg. Leipzig 1879, 1881
14. Corpus iuris civilis, herausgegeben von Krüger und Mommsen, Band 1, 8. Aufl., Berlin 1899, Band 2, 4. Aufl., Berlin 1900.

14a. Crome, Karl: Handbuch des Französischen Civilrechts siehe Zachariae.

15. Derselbe: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Tübingen u. Leipzig 1902.
16. Cosack, Konrad: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Band, 3. Aufl., Jena 1900.
17. Dabelow, Christof Christian: Handbuch des heutigen gemeinen Römisch-Deutschen Privatrechts, 2. Teil, Halle 1803.
18. Degenkolb, Heinrich: Der Begriff des Vorvertrages, Festschrift (Freiburg i. B. 1871).
19. Demelius, Gustav: Untersuchungen aus dem römischen Civilrechte, 1. Band, Weimar 1856.

20. Dernburg, Heinrich: Pandekten, 6. Aufl., Berlin 1900.

21. Derselbe: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, I., II. 2, 1. u. 2. Aufl., Halle 1901.

22. Eccius: Besprechung des Schollmeyerschen Kommentars im 41. Bande von Gruchots „Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts" Seite 881 ff., Berlin 1897.

22a. Eck, siehe Holtzendorff: Rechtslexikon, Band III, 2., 3. Aufl., Leipzig 1881.

23. Endemann, F.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., 1. Band, Berlin 1899.

24. Enneccerus, L. und Lehmann, H. O.: Das Bürgerliche Recht, I. Band, 2. Aufl., Marburg 1901.

25. Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Ausgearbeitet durch die von den Bundesstaaten berufene Kommission, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.

26. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 5, 10, 26, 30, Leipzig 1882, 1884, 1890, 1893.

27. Fischer, Otto und Henle, Wilhelm: BGB. nebst EG. (Kommentar), 5. Aufl., München, Berlin 1897.

28. Fitting: Zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht, im 2. und 5. Bande der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Erlangen 1859.

29. Förster, Franz: Preußisches Privatrecht, bearbeitet von M. C. Eccius, 7. Aufl., Band II, Berlin 1896.

30. Georges, K. G.: Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch, 4. Aufl., 2 Bände, Leipzig 1879—82.

31. Gesetzsammlung für die Königlich Preußischen Staaten, 1872 Berlin.

32. Glück, Chr. Fr.: Ausführliche Erklärung der Pandekten nach Hellfeld, ein Kommentar, Teil XVI 1, Erlangen 1814.

33. Göppert: Zur Lehre von den pacta de contrahendo, im 14. Bande der kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, München 1872.

34. Goldschmidt, L.: Der Kauf auf Probe oder auf Besicht, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 1, Erlangen 1858.

35. Gradenwitz, Otto: Wortverzeichnis zum BGB., Berlin 1902.

36. Gruchot, J. A.: Glossen zum allgemeinen Landrecht in seinen „Beiträgen zur Erläuterung des Preußischen Rechts durch Theorie und Praxis", 10. Jahrgang, Berlin 1866, S. 585 ff.

36a. Gilbert, B.: Code Civil, Band 1 der Codes annotés de Sirey, 10. Aufl., Paris 1893.

37. Hahn, Heinrich: Der Wiederverkauf, Magdeburg 1902.

38. Helbling, Julius: Das deutsche und badische Bürgerliche Recht, Karlsruhe 1900.

39. Hellfeld, Jo. August: Jurisprudentia forensis, 3. Aufl., Würzburg 1796.

40. Hellmann: Zur Literatur des BGB. für das Deutsche Reich im 41. Bande der „Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", Freiburg i. B., Leipzig und Tübingen 1899.

41. Über die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung im 64. Bande des „Archivs für die Ziviliſtiſche Praxis", Freiburg i. B. und Tübingen 1881.

42. Heumann, H. G.: Handlexikon zu den Quellen des römiſchen Rechts, 8. Aufl. 1895.

43. Heusler, Andreas: Inſtitutionen des deutſchen Privatrechts, Band II, 1886.

44. Hölder, Eduard: Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB., München 1900.

45. Hoepfner, Ludwig, Julius, Friedrich: Kommentar über die Heineccisſchen Inſtitutionen, 7. Aufl., durchgeſehen von Adolf Dietrich Weber, Frankfurt a. M. 1803.

46. Holtzendorff, Franz von; Rechtslexikon, Band III, 2., 3. Aufl., Leipzig 1881.

47. Hufeland, Gottlieb: Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts, Band I, Gießen 1803.

47a. Karlowa, Otto: Römiſche Rechtsgeſchichte, Band II, Teil 1, Leipzig 1901.

48. Keller, D. Friedr. Ludwig von: Pandekten herausgeg. von Emil Friedberg, Leipzig 1861.

48a. Keller, Friedr. Ludwig von: „Ein Beitrag zu der Lehre von dem römiſchen Literal-Kontrakt" in Band I der „Jahrbücher für die hiſtoriſche und dogmatiſche Bearbeitung des römiſchen Rechts", Braunſchweig 1841.

48b. Derſelbe: Grundriß zu Vorleſungen über Inſtitutionen und Antiquitäten des römiſchen Rechts, Berlin 1854—58.

49. Kierulf, J. F.: Theorie des gemeinen Zivilrechts I. Band, Altona 1839.

49a. Kipp, siehe Windscheid.

50. Koch, C. F.: Das Recht der Forderungen, 2. Aufl., Band 3. Berlin 1859.

51. Derselbe: Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (Kommentar), 8. Aufl., 1. Band, Berlin und Leipzig 1884.

52. Kohler, Arthur: Die Resolutivbedingung im 15. Bande des „Archivs für Bürgerliches Recht", Berlin 1899.

53. Kohler, Josef: Studien über Mentalreservation im 16. Bande der „Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts", Jena 1878.

54. Korte, A.: Die Vertragslehre im BGB., Berlin 1897.

55. Kreittmayer, W. H. A, Freiherr von: Anmerkungen über den codicem Maximilianeum bavaricum civilem, neue Auflage, 2. u. 4. Teil, München 1821.

56. Kuhlenbeck, L.: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts, LIV. Kaufgeschäft, 5. Wiederkauf (Rückkauf) und Vorkauf, im 30. Jg. der „Juristischen Wochenschrift", Berlin 1901.

57. Derselbe: Von den Pandekten zum BGB., II. Teil, Berlin 1899.

58. Krohn, Albert: Der Wiederkauf nach gemeinem und preußischem Recht, Greifswald 1899.

59. Laurent, F.: Principes du droit civil, 24. tome Bruxelles et Paris, 1878.

60. Leonhard, Rudolf: Ein Beitrag zur Lehre vom Beginn der Verjährung im 17. Bande der „Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts" N. F. 5. Band, Jena 1879.

61. Derselbe: Der allgemeine Teil des BGB., Berlin 1900.

62. Leske, Franz: Vergleichende Darstellung des B.G.B. und des Pr.A.L.R., 1. Hälfte 1. und 2. Aufl., Berlin 1900.

63. Lesser, Joh. Wilh.: De expensarum et pretii restitutione in retrovenditione, Halle (1776).

63a. Leyser, August: Meditationes ad Pandectas siehe Martinus.

64. Loersch, Hugo und Schroeder, Richard: Urkunden zur Geschichte des deutschen Rechts, I Privatrecht, Bonn 1881.

65. Marcadé V.: Explication théorique et practique du Code Napaléon, 5. edition, 6. tome, Paris 1852.

66. Martinus, Jr. Ehrenfried: De pacto retrovenditionis observationes, Wittenberg (1711).

67. Matthiaß, Bernhard: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 3. Aufl., Berlin 1900.

68. Meisner, J.: Das Recht der Schuldverhältnisse, Breslau 1898.

69. Meister, Georg, Jakob, Friedrich: Von dem auf Wiederkauf geschlossenen Verkauf, 25. Bemerkung im 1. Bande seiner „Praktischen Bemerkungen aus dem Kriminal- und Zivilrechte", Göttingen 1791.

69a. Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich, siehe Mugdan.

70. Müller, Wilhelm: Über das widerrufliche Eigentum, Nr. 7 seiner „Zivilistischen Abhandlungen" I. Teil, Gießen 1833.

71. Müller, Gustav und Meikel, Georg: Das Bürgerliche Recht in seiner neuen Gestaltung, I. Band, München 1899.

72. Mühlenbruch, C. F.. Lehrbuch des Pandekten-Rechts, 4. Aufl., herausgeg. von Otto Karl von Madei, 2. Teil, Halle 1844.

73. Mugdan, B.: Die gesamteu Materialien zum B.G.B., 2. Band, Berlin 1899.

73a. Nettelbladt, Daniel, siehe Lesser.

74. Oertmann, Paul: Die fiducia im römischen Privatrecht, Berlin 1890.

75. Derselbe: Das Recht der Schuldenverhältnisse (Kommentar), Berlin 1899.

75. Pernice, Alfred: Labeo, II 1., 2. Aufl., Halle 1895.

77. Planck, G.; B.G.B. nebst E.G., erläutert Band 1 und 2, 1. und 2. Aufl., Berlin 1897, 1900.

78. Platner: Der Wiederkauf im 4 Bande der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Weimar 1861.

78a. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines B.G.B., 2. Band, siehe Mugdan.

79. Puchta, F. G.: Pandekten, Band 1, 12. Aufl., besorgt von Th. Schirmer, Erlangen 1877.

80. Puchta, G. F.,: Kursus der Institutionen, 2. Band, 9. Aufl., besorgt von Paul Krüger, Leipzig 1881.

81. Rehbein, H.: Das B.G.B. mit Erläuterungen, 1. Lieferung, Berlin 1898.

82. Derselbe: Die Entscheidungen des vormaligen Preußischen Obertribunals auf dem Gebiete des Zivilrechts, 2. Band, Berlin 1887.

83. Riesser, G.: Über Resolutivbedingungen im 2. Bande der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß, Gießen 1829.

84. Rönne, Ludwig von: Ergänzungen und Erläuterungen des A.L.R. durch Gesetzgebung und Wissenschaft, 7. Ausg., 1. Band, Berlin 1885.

85. Savigny, Friedrich Karl von: System des des heutigen römischen Rechts, 3. Bd., Berlin 1840.

86. Scherer, M.: Recht der Schuldverhältnisse des B.G.B., Erlangen 1897.

87. Scheurl, Chr. G. Adolf von: Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts, II. 1, Erlangen 1854.

88. Schilling, Friedrich Adolf: Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts, 3. Band, Leipzig 1846.

89. Schröder, Richard: Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., Leipzig 1902.

90. Schütze, W.: Über die Bedeutung, Wirksamkeit und das gegenseitige Verhältnis des pactum de retrovendendo, pactum de retroemendo und des pactum displicentiae beim Kauf, Rostock 1899.

91. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B.G.B., Berlin 1897.

92. Schweppe, Albrecht: Das römische Privatrecht, 3. Ausg., 1822.

93. Seuffert, J. A.: Archiv für die Entscheidungen

der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten, München 1847 ff.

94. Derselbe: Praktisches Pandektenrecht, 4. Aufl., besorgt von E. A. Seuffert, Würzburg 1860, 1867, 1872.

95. Siebenhaar, Eduard: Kommentar zu dem B.G.B. für das Königreich Sachsen, 2. Band, bearbeitet von Karl Magnus Poeschmann, 2. Aufl., Leipzig 1869.

95a. Siebert, Paul: Das Wiederkaufsrecht nach dem gemeinen Recht und dem B.G.B., Borna-Leipzig 1902.

96. Sintenis, Karl Friedr. Ferdinand: Das praktische gemeine Zivilrecht, 2. Band, 3. Aufl., Leipzig 1868.

96a. Sirey-Gilbert: siehe Code Civil.

97. Sohm, Rudolf: Institutionen, 7. Aufl., Leipzig 1898.

98. Stammler, Rudolf: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin 1897.

99. Staudinger, Julius v.: Kommentar zum B.G.B. nebst E.G., 2. Band, München 1901.

100. Stobbe, Otto: Handbuch des Deutschen Privatrechts, 3. Band, 3. Aufl., bearb. von H. O. Lehmann, Berlin 1898.

101. Strippelmann, F. G. L.: Neue Sammlung bemerkenswerter Entscheidungen des O.A.G. zu Cassel, 6. Teil, Cassel 1850.

102. Thibaut, Anton, Friedrich, Justus: System des Pandekten-Rechts, 8. Ausg., Jena 1834.

103. Thöl, Heinrich: Das Handelsrecht, 1. Band, 6. Aufl., Berlin 1879.

103a. Thomasius, Christian: siehe Bastineller.

104. Thon, Gustav: Über die Verjährung einer auf Kündigung stehenden Forderung, im Bande 8. der „Zeitschr. für Zivilrecht und Prozeß", Gießen 1835.

105. Treitschke: Der Kaufkontrakt, Gera 1865.

106. Unger, Josef: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Band, 4. Aufl., Leipzig 1876.

107. Unterholtzner, K. A. D.: Ausführliche Entwickelung der gesamten Verjährungslehre, 2. Aufl., bearb. von Theodor Schirmer, Leipzig 1858.

108. Derselbe: Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, herausg. von Huschke, 2. Band, Leipzig 1840.

109. Vangerow, Karl Adolf von: Lehrbuch der Pandekten, 1. Band, 7. Aufl., Marburg und Leipzig 1876.

110. Wangenheim, Ulrich Frhr von: Das Wiederkaufsrecht, Göttingen 1899.

111. Wangemann, Hans: Die rechtliche Natur des (obligatorischen) Vorkaufs- und Wiederkaufsrechts, Charlottenburg 1900.

112. Warnkönig, A. L.: Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der Lex commissoria beim Pandektenrechte, im 24. Bande des „Archivs für die ziviliſtische Praxis", Heidelberg 1841.

113. Wendt, Otto: Lehrbuch der Pandekten, Jena 1888,

114. Wening-Ingenheim, J. N. v: Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts, 5. Aufl., bes. durch Johann Adam Fritz, 2. Band, München 1837.

115. Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., bearb. von Theodor Kipp, Frankfurt 1900, 1901.

116. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung für das Königreich Sachsen, herausg. von Theodor Tauchwitz, 15. Band, Leipzig 1857.

117. Zachariae v. Liegenthal: Handbuch des französischen Zivilrechts, bearb. von Carl Crome, 8. Aufl., 1. und 2. Band, Freiburg i. B. 1894.